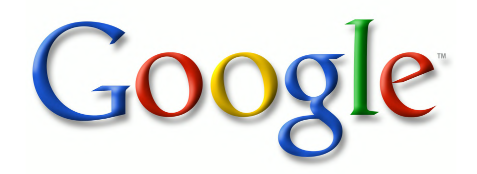






ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. v. CALKER, Straßburg i. E., — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Rastatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Ministerialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erster Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräsident am Reichsgericht a. D., Berlin, — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — ROTERING, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, — SIEBURG, Geh. Justizrat, Oberlandesgerichtsrat, Celle, — SPANGENBERG, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat, Berlin, — STUBENRAUCH, Geh. Justizrat, Berlin, — Prof. Dr. VIERHAUS, Oberlandesgerichtspräsident, Breslau, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Rostock, — WIRZ, Erster Staatsanwalt am Oberlandesgericht, Colmar i. E.,

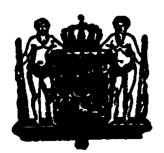
unter ständiger Mitarbeiterschaft von

Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Professor Dr. J. GOLDSCHMIDT, Berlin, — Dr. KLEE, Staatsanwaltschaftsrat, Privatdozent, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin, — Reichsarchivrat Dr. KNAPP, Reichsarchiv München,

herausgegeben von

PROF. DR. JOSEF KOHLER,
Geheimer Justizrat, Berlin.

63. Band.



Berlin 1917.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 63.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Inhaltsverzeichnis.

A. Abhandlungen.

B. Vermischte Aufsätze.

C. Aus der Praxis.

Übersicht über die Stellen in deutschen Gesetzen, Verordnungen usw., auf die sich die mitgeteilten Entscheidungen des Reichsgerichts, des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und der Oberlandesgerichte beziehen.

(Die Entscheidungen des Kammergerichts sind mit »KG.«, die der Oberlandesgerichte mit dem Sitze des Gerichts, die des Preußischen Oberverwaltungsgerichts mit »OVG.« bezeichnet. Die übrigen Entscheidungen sind Entscheidungen des Reichsgerichts.)

I. Deutsches Reich.

1. Strafgesetzbuch.

2. Strafprozeßordnung.

II. Preußen.

III. Sachsen.

IV. Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin.

Landesherrliche Verordnung des Großherzogtums Mecklenburg-Schwerin vom 28. September 1915, betreffend Zuwiderhandlungen gegen Polizeiverordnungen während des Kriegszustandes (RegBl. N. 156).

V. Freie Stadt Hamburg.

Hamburger Rev.-Gesetz vom 2. November 1896 über die Organisation der Verwaltung.

D. Literatur.

Besprechungen von Josef Kohler.

Die Schußwaffe in der Hand des Polizeibeamten.

Praktisches, Technisches und Rechtliches.

Von Dr. jur. Erich Anuschat, Kgl. Kriminalkommissar, Berlin.

Mit 7 Abbildungen.

Einleitung.

Blutige Zusammenstöße zwischen Polizeibeamten und Verbrechern, bei denen auf der einen oder anderen Seite scharf geschossen wird, kommen in Deutschland glücklicherweise nicht häufig vor. Immerhin kann nicht geleugnet werden, daß das »schießende« Verbrechertum wie auch der gesetzwidrige Gebrauch von Feuerwaffen überhaupt in den letzten Jahrzehnten eine sehr bedenkliche Steigerung erfahren hat, eine Steigerung, die vor einigen Jahren die Tagespresse von einer »Revolverseuche« sprechen ließ, zahlreiche Polizeiverordnungen ins Leben rief und schließlich auch die Aufmerksamkeit der gesetzgebenden Kreise auf sich lenkte [1]).

Inzwischen traten die Bestimmungen des Kriegszustandes in Kraft und dämmten sie erheblich ein; aber ausgerottet ist sie noch nicht und wird es auch wohl nie werden; im Gegenteil, wenn man daran denkt, welche außerordentliche Zunahme des gewalttätigen Verbrechertums bisher nach jedem Kriege mit unfehlbarer Sicherheit eintrat, so wird man wohl oder übel für die Zukunft mit der gleichen Möglichkeit rechnen müssen.

Die blanke Waffe des Schutzmanns vermag gegen den Revolver des Verbrechers nicht viel auszurichten, von dem Stock des Kriminalbeamten ganz zu schweigen. So entschloß sich denn unter dem Drucke der »Revolverseuche« eine Polizeibehörde nach der andern zur Einführung von Schußwaffen. Überall hat sich gezeigt, daß diese Maßnahme keineswegs überflüssig oder gar, wie früher behauptet wurde, für das Publikum gefährlich ist, vielmehr oft das einzig wirksame Mittel zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit bildet.

Oft, freilich auch nicht immer; trotz des besten Revolvers und der neuesten Repetierpistole fällt auch heute noch manch pflichtgetreuer Beamter der Kugel des Verbrechers zum Opfer. Traurige Berühmtheit erlangten in dieser Beziehung die internationalen Juwelendiebe, Geldschrankeinbrecher und Kassenräuber, die noch vor wenigen Jahren im Reiche Gastrollen gaben. Doch zeigen auch die einheimischen Verbrecher manchmal eine sehr bedenkliche Schießfertigkeit.

Der Polizeibeamte ist als ehemaliger Soldat stets ein gut ausgebildeter Schütze und wird in ständiger Übung erhalten. Wie ist es möglich, und leider ist es schon mehr als einmal vorgekommen, daß er im Ernstfalle von einem halbwüchsigen Strolche zu Boden gestreckt wird? Unglückliche Zufälle; manchmal aber doch etwas anderes. Bekanntlich ist schon ein großer Unterschied zwischen Scheibenschießen und Jagd.

[1]) Koffka, Gesetzliche Beschränkungen des Waffentragens und Waffenhandels. Deutsche Juristenzeitung, Bd. 18, S. 1233. 1913.

Manch preisgekrönter Schützenkönig fehlt im grünen Revier jeden Rehbock. Kampf mit Verbrechern ist aber noch etwas ganz anderes und Revolver oder Repetierpistole zehnmal schwerer zu beherrschen als eine Präzisionsbüchse mit Zielfernrohr. »Das Schwarze treffen in der Scheibe kann auch ein anderer«, heißt es bekanntlich schon im Wilhelm Tell.

Der gefürchtetste Revolverschütze der Welt ist der Amerikaner. Ist ihm diese Fertigkeit etwa angeboren? Durchaus nicht, aber er weiß, was »schießen im Ernstfalle« bedeutet, wie man sich hierin zu üben hat und scheut hierfür weder Geld noch Zeit. »Gebrauchsmäßiges« Pistolenschießen ist dort wie auch sonst im Auslande ein Sport, der von Vereinen gepflegt wird und eigene Literatur zeitigt. In Deutschland machte erst vor wenigen Jahren Gerhard Bock in seinem Werke »Moderne Faustfeuerwaffen« (Neudamm, J. Neumann, 1911) auf das gebrauchsmäßige Schießen der Ausländer aufmerksam.

In dem vorliegenden Aufsatze habe ich versucht, aus der vorhandenen Literatur (zum Teil mußte ich ausländische benutzen) das für den Polizeibeamten Brauchbare zusammenzustellen. Daneben habe ich auch — selbst seit 17 Jahren leidenschaftlicher Pistolen- und Revolverschütze — meine eigenen, am Scheibenstand und im Außendienst gesammelten Erfahrungen verwertet. Doch nicht nur für den Exekutivbeamten sind diese Zeilen bestimmt, auch den Juristen werden sie interessieren. Haben doch die meisten Fälle des Schußwaffengebrauchs wie Schießereien überhaupt ein gerichtliches Nachspiel; dem nicht waffenkundigen Juristen ist es kaum möglich, alle auftauchenden technischen Fragen richtig zu beurteilen; oft fällt es ihm schon schwer, den Auseinandersetzungen der Sachverständigen zu folgen.

Eine kurze Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Waffengebrauch sei vorausgeschickt. Sind sie doch für den Polizeibeamten mindestens ebenso wichtig wie die Kenntnis der Waffe selbst; dem Juristen liegen sie im allgemeinen fern; hat er aber einmal mit ihnen zu tun, so sieht er unter Umständen schwierigen rechtlichen Problemen entgegen. Selbstverständlich kann ich an dieser Stelle keine eingehende wissenschaftliche Darstellung geben, muß mich vielmehr auf das für die Praxis Wichtigste beschränken.

I. Gesetzliche Bestimmungen.

Vielfach — namentlich in ruhigen Bezirken — bringen die Polizeibeamten den Bestimmungen über den Waffengebrauch wenig Interesse entgegen, und vergessen sie nur zu leicht über den unzähligen Verordnungen und Gesetzen des täglichen Dienstes. Und doch kann sie sich kein Exekutivbeamter, der eine Waffe führt, oft genug in das Gedächtnis zurückrufen. Ganz unvermutet kann in jedem Augenblick, wie ein Blitz aus heiterem Himmel, die Notwendigkeit an ihn herantreten, zur Waffe greifen zu müssen, und dann muß er sich in höchster Gefahr und Bedrängnis — in Bruchteilen von Sekunden — über sein Vorgehen klar sein. Nachträglich hat er fast immer Rechenschaft abzulegen und sieht bei der kleinsten Überschreitung seiner Befugnisse strafrechtlicher

oder disziplinarer Verfolgung, daneben unter Umständen noch zivilrechtlichen Ersatzansprüchen entgegen.

Auch die Vorgesetzten sollten es sich daher angelegen sein lassen, ihren Beamten die Waffengebrauchsbestimmungen so oft wie möglich in das Gedächtnis zurückzurufen und zu erläutern. Ebenso sollte auf ihre genaue Kenntnis bei allen polizeilichen Prüfungen in erster Linie Wert gelegt werden.

Bekanntlich sind die Bestimmungen in den einzelnen Bundesstaaten verschieden. Eine kurze Zusammenstellung sämtlicher in Deutschland und Österreich geltenden Vorschriften findet sich in der Erlanger Dissertation von Mappes: »Über das Recht des Waffengebrauchs durch die staatlichen Vollzugsorgane« (Speyer 1892). Eine rechtsvergleichende Studie bietet ferner die Heidelberger Dissertation von v. Reinhardt: »Der Waffengebrauch als Mittel staatlichen Verwaltungszwangs nach deutschem Verwaltungsrecht« (Stuttgart 1910).

An dieser Stelle sollen nur die für Preußen in Betracht kommenden Vorschriften erörtert werden. Die einschlägige Literatur ist sehr spärlich, wohl, weil der Jurist sich nur selten mit ihnen zu beschäftigen braucht. Außer dem Reinhardtschen Werk ist die Abhandlung von Delius: »Über das Recht der Vollzugsbeamten und des Militärs zum administrativen Waffengebrauch« (Archiv für öffentliches Recht, Bd. 11, S. 84—146, 1896) zu nennen, ferner v. d. Brinckens Abhandlung »Die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Dienstes in Verbindung mit Widerstand gegen die Staatsgewalt, Waffengebrauch und Notwehr« in der Zeitschrift »Der Gendarm« (Berlin, Verlag Kameradschaft) Jahrg. 5, 1907 und Jahrg. 6, 1908. Sodann Arthur Geygers Hilfs- und Nachschlagebuch »Der Polizeidienst« (Verlag Kameradschaft) und schließlich als wichtigstes Werk Ernst Thieles »Die Waffengewalt der Polizei nach Preußischem Recht« (Berlin 1912), das eine erschöpfende Darstellung bietet.

Die gesetzliche Grundlage für den Waffengebrauch der preußischen Polizeibeamten bildet gemäß Erlaß vom 4. Februar 1854 (Ministerialblatt S. 69) § 28 der Dienstinstruktion für die Gendarmerie vom 30. Dezember 1820, GS. 1821. Er lautet in der ursprünglichen Fassung (vgl. Romen-Rissom »Waffengebrauch und Festnahmerecht des Militärs«; Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 114, S. 91):

»Die Gendarmen sind befugt, auch ohne Autorisation der vorgesetzten Behörde sich der ihnen anvertrauten Waffen zu bedienen:

a) wenn Gewalt oder Tätlichkeit gegen sie selbst, indem sie sich in Dienstfunktion befinden, ausgeübt wird;

b) wenn auf der Tat entdeckte Verbrecher, Diebe, Schleichhändler usw. ihren Aufforderungen, um zur nächsten Obrigkeit geführt zu werden, nicht ohne tätlichen Widerstand Folge leisten und vielmehr sich der Beschlagnahme der Effekten oder Waren und Fuhrwerke oder ihrer persönlichen Verhaftung mit offener Gewalt oder mit gefährlichen Drohungen widersetzen;

c) wenn sie auf andere Art den ihnen angewiesenen Posten nicht behaupten oder die ihnen anvertrauten Personen nicht beschützen können.

Es liegt ihnen jedoch auch in diesen Fällen ob, die Waffen nur, nachdem gelinde Mittel fruchtlos angewandt sind, und nur, wenn der Widerstand so stark ist, daß er nicht anders als mit gewaffneter Hand überwunden werden kann und auch dann noch mit möglichster Schonung zu gebrauchen.«

Der Paragraph hat für alle waffenführenden preußischen Polizeibeamten (Schutzleute, Polizeisergeanten, Amtsdiener usw.), auch für bewaffnete Kriminalbeamte Geltung und findet auch auf höhere, waffentragende Polizeibeamte, insbesondere Polizeioffiziere, Anwendung. (Vgl. Thiele S. 31.)

Für sonstige preußische Exekutivbeamte kommen noch folgende Bestimmungen in Frage:

1. Für Gendarmen die Dienstvorschrift vom 20. Juli 1906 (Romen-Rissom S. 91);
2. für Grenzbeamte das Gesetz vom 28. Juni 1834 (GS. S. 83), § 1;
3. für Forstbeamte das Gesetz vom 31. März 1837 (GS. S. 65), § 1;
4. für Gefängnisbeamte bzw. Gefangenentransporteure das Gesetz vom 11. April 1854 (GS. S. 143) § 6 und der Zirkularerlaß vom 7. Mai 1894 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 84) endlich
5. für das Militär das Gesetz vom 20. März 1837 (GS. S. 60); näheres siehe bei Delius S. 99ff., v. Reinhardt S. 44ff.

Auf den Polizeibeamten finden diese Bestimmungen mit Ausnahme der zu 4. genannten (vgl. hierüber im folgenden S. 13) keine Anwendung. In der Wissenschaft werden sie allerdings vielfach zur Auslegung des § 28 herangezogen.

Diese letztere ist übrigens keineswegs immer leicht. Der 1820 gegebene Paragraph lehnt sich an die Strafbestimmungen des Allgemeinen Landrechts an und nicht mit Unrecht wird seine Fassung daher als veraltet bezeichnet[2]). Schon im Gedächtnis zu behalten ist er nicht leicht, und bei der praktischen Anwendung können sich im einzelnen Falle Zweifel ergeben, die geeignet sind, selbst dem Rechtsgelehrten Kopfzerbrechen zu machen. Der Polizeibeamte freilich soll zu ihnen im Augenblick Stellung nehmen, nicht im Studierzimmer, sondern auf dunkler Straße und nicht mit dem Federhalter, sondern mit dem gespannten Revolver in der Hand.

Zu den einzelnen Punkten des § 28 sei bemerkt: »Auch ohne Autorisation«; die Folgerung, daß der Beamte mit Autorisation, also auf Befehl seines Vorgesetzten zum Waffengebrauch berechtigt ist, ist selbstverständlich und wird nirgends bestritten (Thiele S. 90, Delius S. 124, Geyger S. 37). Der Berechtigung steht die unbedingte Pflicht zum Waffengebrauch auf Befehl des Vorgesetzten gegenüber (vgl. Thiele S. 38ff., v. Reinhardt S. 71).

»Der ihnen anvertrauten Waffen«; ein Punkt von größter praktischer

[2]) Die Berliner Dienstanweisung vom 9. Juli 1902 (abgedruckt in der »Polizei«, Berlin, Verlag Kameradschaft Jahrg. 9, S. 152) gibt ihn in einer der heutigen Zeit entsprechenden Fassung wieder.

Bedeutung. »Anvertraut« im Sinne des § 28 ist nur die Waffe, die dem Beamten von seiner vorgesetzten Behörde zum Dienstgebrauch überlassen ist (Delius S. 96, v. Reinhardt S. 69, Geyger S. 37, vgl. auch die Zeitschrift »Die Polizei«, Berlin, Verlag Kameradschaft, Jahrg. 4, 1907, S. 90). Als früher die Polizeibeamten ausschließlich Säbel führten, kamen für sie Schußwaffen als »anvertraut« überhaupt nicht in Frage. Ein Ministerialerlaß vom 22. November 1877 (Geyger S. 40) wies darauf hin; er gestattete zwar den Polizeibeamten, »die nach Lage der Sache bei Ausführung der ihnen erteilten Aufträge in offenbarer Lebensgefahr seien«, sich »für den Fall der Notwehr« mit einer Schußwaffe zu versehen. Für ihren Gebrauch sollten sie jedoch »wie jeder andere für die im Augenblick der Notwehr und Selbstverteidigung gewählten Mittel verantwortlich sein« (Geyger a. a. O.). Heute ist es, wie schon erwähnt, anders. Wie bekannt sein dürfte, können jetzt in Preußen Polizeibeamte mit Schußwaffen ausgerüstet werden, allerdings nur mit Genehmigung des Ministers des Innern. Die diesbezügliche Allerhöchste Ordre vom 13. Oktober 1895 ist durch ministerielle Verfügung vom 11. August 1909 (abgedruckt in der »Polizei«, Jahrg. 6, 1909, S. 244) erneut in Erinnerung gebracht und bezieht sich auch auf jeden einzelnen Fall (vgl. »Polizei«, Jahrg. 6, S. 302)[8]). Ist die Genehmigung nicht erteilt, so wird von einer anvertrauten Waffe füglich keine Rede sein können.

Nun kann es freilich auch heute vorkommen, daß ein Polizeibeamter, der nur mit einem Säbel ausgerüstet ist, sich für eine einzelne besonders gefährliche Amtshandlung, bei der er ohne Schußwaffe wehrlos sein würde, selbständig mit einem Revolver versieht. Nach durchgängiger Ansicht darf er von ihm Gebrauch machen, und zwar unter den Voraussetzungen, unter denen § 53 StGB. allgemein das Recht der Notwehr gibt, vgl. Geyger S. 42, Brincken, Jahrg. 6, S. 123ff., anders v. Reinhardt S. 67, siehe auch im folgenden S. 14. Freilich setzt er sich unter allen Umständen der Gefahr disziplinarer Bestrafung aus. Wie schon erwähnt, ist die ministerielle Genehmigung für jeden einzelnen Fall erforderlich und jedes Schußwaffenführen ohne sie daher disziplinar zu bestrafen (vgl. »Polizei«, Jahrg. 6, 1909, S. 302; Jahrg. 9, 1912, S. 189). Meines Erachtens müßte man allerdings die Fälle ausnehmen, in denen die Schußwaffe aus unvorhergesehenen Gründen plötzlich unbedingt erforderlich war, und das wird wohl auch aus Billigkeitsgründen immer geschehen. An Orten, deren Polizeiverordnungen das Führen von Handfeuerwaffen ohne Waffenschein verbieten, ist übrigens auch schon die Frage aufgetaucht, ob der Polizeibeamte, der einen nicht anvertrauten Revolver führt, einen Waffenschein besitzen muß. Die meisten Verordnungen gestatten ohne weiteres, diese Frage zu verneinen, da sie fast immer die Personen ausdrücklich ausnehmen, »die kraft ihres Amtes Waffen zu führen berechtigt sind« (Wortlaut der Berliner Polizeiverordnung vom

[8]) Die Verfügung vom 20. Juni 1910 (»Polizei«, Jahrg. 7, S. 187) läßt eine Ausnahme für den Wechsel in der Person eines kommunalen Polizeibeamten zu, unter der Bedingung, daß die maßgebenden Verhältnisse fortbestehen und der Nachfolger die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.

24. September 1910, § 2, Ziff. 1, abgedruckt in der »Polizei«, Jahrg. 7, 1910, S. 266). Nach einer Kammergerichtsentscheidung vom 12. April 1912 (I. Strafsenat, siehe »Polizei«, Jahrg. 9, 1912, S. 71) bezieht sich eine derartige Fassung nicht auf eine bestimmte Waffe oder Waffenart, sondern auf Waffen überhaupt, so daß sie also auf jeden — nach dem Erlaß vom 4. Februar 1854 ja zum Waffengebrauch berechtigten — Polizeiexekutivbeamten zutrifft.

Praktische Bedeutung erlangt auch manchmal der Fall, daß ein Beamter statt der ihm anvertrauten Dienstfeuerwaffe eine private benutzt. Insbesondere führen Kriminalbeamte gern einen kleinen Privatrevolver, da ihnen die schwere Dienstpistole beim ständigen Tragen manchmal lästig oder für besondere Zwecke (Verkleidungen usw.) hinderlich ist. Ich bezweifle sehr, ob ein Gericht hier die Privatwaffe als anvertraut anerkennen oder dem Träger auf Grund der Tatsache, daß ihm überhaupt eine Schußwaffe anvertraut ist, die Befugnisse des § 28 einräumen wird[4]); vielmehr wird er sich einzig auf das Recht der Notwehr berufen können, natürlich nur, soweit es vorliegt[5]).

Zur Entscheidung gekommen ist der Fall meines Wissens noch nicht. Und auch hier besteht die Gefahr disziplinarer Bestrafung, da die ministerielle Genehmigung ja nur für die Dienstwaffe besteht. Etwas formalistisch ist diese Auffassung, aber bekämpfen läßt sie sich wohl kaum. Vom Standpunkte des Praktikers aus wäre freilich eine weitere erwünscht.

Soviel über den Begriff der anvertrauten Waffe. Wann darf sie nun zur Anwendung gelangen?

Nach Absatz a) zunächst, wenn Gewalt gegen den Beamten verübt wird. Über deren Begriff geben alle strafrechtlichen Lehrbücher und Kommentare Auskunft, die letzteren namentlich in den Erläuterungen zu §§ 52, 113 und 114 StGB. Als Sonderwerk sei Ernst Winklers Dissertation: »Der Begriff der Gewalt im Strafrecht« (Universität Münster, Breslau 1908) genannt. Thiele untersucht den Begriff der Gewalt in Anlehnung an die Rechtsauffassungen des Allgemeinen Landrechts (S. 59 ff.)[6]). Schon nach heutigem Recht ist er übrigens sehr bestritten, ein »steter Zankapfel« (Winkler S. 62). Einige kurze juristische Bemerkungen sind daher notwendig.

»Gewalt« ist zunächst »körperlicher Zwang« (Winkler S. 12), »Anwendung von Körperkraft zur Überwindung eines Widerstandes« (Hugo

---

[4]) Delius meint: »Der Gebrauch anderer als der vorgeschriebenen Waffen ist nicht unstatthaft, vorausgesetzt, daß sie nicht schlimmerer Natur sind« (S. 97).

[5]) V. Reinhardt, der, wie schon erwähnt, den Beamten das Notwehrrecht abspricht, hält den Gebrauch von Privatwaffen für zulässig, falls die Dienstwaffen ausnahmsweise nicht zur Hand sind oder versagen, Schußwaffen freilich nur in den Fällen, in denen der Gebrauch der Dienstschußwaffe erlaubt wäre (S. 70).

[6]) Für den, der sich in die damaligen Rechtsanschauungen vertiefen will, seien Ernst Jarckes »Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts«, Berlin 1827, Feuerbach-Mittermaiers »Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts«, Gießen 1847 und Gallus Alois Kleinschrods »Grundbegriffe des peinlichen Rechts«, Erlangen 1794, insbesondere Bd. 1, S. 150, genannt.

Meyer, Lehrbuch des Strafrechts, Leipzig 1895, S. 50). Nach v. Liszt (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1914, S 355) ist Gewalt »die Anwendung physischer Kraft zur Überwindung eines tatsächlichen Widerstandes«. Wie v. Liszt bemerkt, kann sich die Gewalt »unmittelbar gegen den Körper des zu Vergewaltigenden richten (Gewalt an der Person)«. Sie kann auch »auf mittelbarem Wege ihr Ziel erstreben (Gewalt gegen die Person)«, und zwar durch Gewalt an dritten Personen oder an Sachen. Olshausen (Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1912, § 240, 5 b) unterscheidet eine direkt an der Person und eine unmittelbar an Sachen ausgeübte, indirekt aber gegen die Person gerichtete Gewalt. In Anmerkung 23 a zu § 113 sagt er: »Gleichgültig ist, ob der Täter die zur Herstellung der Gewalt notwendige physische Kraft unmittelbar persönlich anwendet, oder ob er sich dazu eines leblosen oder willenlosen Gegenstandes als Werkzeuges bedient (Reichsgerichtsentscheidung III, 21. Januar 1889, Goltdammers Archiv für Strafrecht, Bd. 37, S. 158, betrifft Gewalt, verübt durch einen auf den Beamten gehetzten Hund bzw. Bedrohung mit solcher Gewalt).« Der Fall, daß der Beamte die Schußwaffe gegen einen auf ihn gehetzten Hund gebrauchen muß, gehört bekanntlich nicht zu den Seltenheiten. Siehe auch im folgenden S. 12.

Von den Praktikern unterscheidet Geyger, (S. 43), eine direkte Gewalt, »jede seitens des Widerspenstigen auf die Person des Beamten ausgeübte Kraftäußerung« und eine indirekte, welche dadurch ausgeübt wird, »daß der Widerspenstige sich an Gegenständen oder dritten Personen festhält« bzw. »Gegenstände festhält, während der letztere gleichzeitig seine Körperkraft einsetzt«, um den Widerspenstigen oder die Gegenstände loszureißen. Brincken (Jahrg. 6, S. 26) unterscheidet eine mittelbare Gewalt durch reine Willensbeeinflussung; sie dürfte mit der sogenannten vis compulsiva (Winkler S. 12, Frank, Kommentar zum StGB. S. 118) zusammenfallen; ferner die unmittelbare durch direkte oder indirekte Einwirkung auf den Körper des Beamten, in dieser Unterteilung also mit Geyger übereinstimmend. Er macht zugleich (ebenda Note 6) darauf aufmerksam, daß die Dienstvorschrift für die Gendarmerie wieder eine andere Ausdrucksweise hat, indem sie die direkte Gewalt als unmittelbare, die indirekte als mittelbare bezeichnet und beides als »Gewalt gegen die Person« zusammenfaßt. Delius (S. 128) bezeichnet als Gewalt persönliche, gegen die Person des Beamten selbst gerichtete Handlungen, und zwar körperliche Kraftäußerungen, welche direkt oder indirekt gegen eine gleiche Kraftäußerung des Beamten sich in einer Weise kehren, daß dadurch dessen Handlungsfreiheit und berechtigtes Vorgehen beschränkt oder aufgehoben wird«; RGE. vom 11. Januar 1883, Rspr. Bd. 5, S. 24. Nach allgemeinem Landrecht gilt als Gewalt, wie Thiele (S. 61) ausführt, jede durch erhöhten ungewöhnlichen Kraftaufwand in der Außenwelt bewirkte Veränderung. Im Sinne des Waffengebrauchsrechts sieht er als Gewalt an »unmittelbare Anwendung körperlicher oder die Entfaltung mechanischer Kräfte an der Person des Beamten« (S. 62). Wie man sieht, ist die Terminologie sehr schwankend; Winkler bekämpft den Begriff der indirekten Gewalt überhaupt.

Welche Bedeutung hat nun die einzelne Erscheinungsform für den § 28? Unstreitig läßt zunächst die direkte, also die sich unmittelbar gegen den Körper des Beamten richtende, die Anwendung des § 28 gegeben erscheinen. (Geyger S. 44, Brincken, Jahrg. 6, S. 147, Thiele S. 61.)

Aus den eben erwähnten Definitionen von Delius und Thiele geht deutlich hervor, daß sie von der indirekten Gewalt das gleiche annehmen; so auch Geyger S. 43. Brincken (Jahrg. 6, S. 147) ist anderer Ansicht, weil »die indirekte Gewalt voraussetzt, daß der Beamte angreifender Teil ist, während in § 28, wie der Wortlaut klar ergibt, der umgekehrte Fall behandelt ist«, und außerdem, »weil der Begriff der indirekten Gewalt erst durch reichsgerichtliche Entscheidungen festgelegt ist«. Wenngleich das letztere Argument wohl nicht durchschlagend erscheint, so hat doch das erstere etwas für sich. Ganz zweifelsfrei scheint es mir auch nicht, ob ein Gericht oder eine Disziplinarbehörde die indirekte Gewalt stets für ausreichend erachten wird, vor allem gerade beim Schußwaffengebrauch. Vorsicht ist dem Beamten daher in dieser Beziehung dringend anzuraten.

Keinesfalls darf, wie einstimmig anerkannt wird, Waffengebrauch bei passivem Widerstande stattfinden (Geyger S. 44, Brincken, Jahrg. 6, S. 75). Die Grenze zwischen ihm und der indirekten Gewalt kann man dahin festlegen, daß bei dem ersteren der Beamte »das volle tote Gewicht des Widerspenstigen, aber auch nicht mehr,« zu überwinden hat (Geyger und Brincken a. a. O.), während bei der letzteren der Widerspenstige die Tätigkeit des Beamten durch eigene Tätigkeit (Gegenstemmen, Festklammern usw.) erschwert (vgl. auch Winkler S. 58). Ebenso genügt nicht das Bereiten sachlicher Hindernisse, wenigstens nicht, wenn es schon beendet ist, ehe der Beamte imstande ist, der Tätigkeit durch Einsetzen der eigenen Körperkraft entgegenzuwirken (Brincken, Jahrg. 6, S. 75, Geyger S. 44). So ganz unstreitig ist das übrigens auch nicht. Näheres über die sachlichen Hindernisse siehe bei Olshausen § 113, Nr. 23 a und bei Winkler S. 59.

Tätlichkeit ist »jede vorsätzliche und rechtswidrige körperliche Einwirkung auf die Person eines anderen« (Olshausen § 94, Nr. 2, Frank § 94 I, Winkler S. 4). Nach v. Liszt (S. 348) in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht (E. i. Strafs., Bd. 28, S. 32) ist Tätlichkeit »jeder gegenwärtige tätliche Angriff«. Danach fällt auch schon das Ausholen zum Schlage, das Anlegen der Schußwaffe usw. darunter (so auch Geyger S. 45).

Brincken will den Begriff der Tätlichkeit insofern enger fassen als den des tätlichen Angriffs, als er nur den bereits ausgeführten Stoß usw. und außerdem »jedes feindselige Anfassen, Drängen, Gegenstemmen usw.,« mit einem Wort jede körperliche Berührung des Gendarmen, welche seine Bewegungsfreiheit hindert, als Tätlichkeit auffaßt. Thiele (S. 62) sieht als Tätlichkeit im Sinne des ALR. »jede Verhinderung der Vollstreckung eines Befehls durch andere äußere Handlungen sowie jede Anwendung körperlicher Kräfte zur Behauptung des einmal ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Ungehorsams« an, nach heutigem Recht

(S. 63) jeden an der Person eines in rechtmäßiger Ausübung befindlichen Beamten unternommenen körperlichen Angriff.

In Dienstfunktion muß sich der Beamte befinden, also in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes. Hierüber geben die strafrechtlichen Kommentare, insbesondere in den Erläuterungen zu § 113 StGB. bzw. die Lehrbücher in der Lehre vom Widerstande Auskunft. Brincken (Jahrg. 6, S. 50) meint, daß »in Ausübung seines Amtes« der Beamte nur handele, wenn eine bestimmte Vollstreckungshandlung vorgenommen werde, und meint, daß »in Dienstfunktion« gleichbedeutend mit »in Ausübung seines Dienstes« sei, weshalb hier keine bestimmte Vollstreckungshandlung vorzuliegen brauche. Thiele sagt »in Ausübung seines Berufes« (S. 67), Delius endlich (S. 128) meint, daß der Beamte in Dienstfunktion sei, »wenn ihm die vorliegenden Umstände die Ansicht oder die Vermutung von dem Bestehen einer strafbaren Handlung gewähren oder gewähren konnten, um ihn zum amtlichen Einschreiten zu ermächtigen«, und bezieht sich auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 31. März 1880. (Annalen I, 459.)

Bezüglich Irrtümer über die Rechtmäßigkeit vgl. Olshausen § 113, Nr. 14 und die daselbst angegebenen Entscheidungen; hervorzuheben ist insbesondere: »Ein trotz pflichtmäßiger Erwägung unterlaufener Irrtum über für die Vornahme der Amtshandlung erforderliche tatsächliche Voraussetzungen kommt in jener Hinsicht nicht in Betracht« (vgl. auch Brincken, Jahrg. 5, S. 536). Ein Irrtum über die Waffengebrauchsnormen dagegen schließt, wenn es auf Grund dieses Irrtums zu einem objektiv rechtswidrigen Waffengebrauch kommt, den Vorsatz nicht aus; der Täter bleibt also voll strafbar (v. Reinhardt S. 90).

Zu erwähnen ist auch noch der Fall, daß ein Beamter auf dem Gebiete eines anderen Bundesstaates zum Waffengebrauch schreiten muß, zum Beispiel im Falle der Nacheile, § 168 GVG. Delius (S. 92) und v. Reinhardt (S. 50) nehmen an, daß die Regeln gelten müssen, die in dem betretenen Bundesstaate für die betreffende Beamtenklasse gelten, Thiele meint auf Grund eingehender Untersuchung (S. 65), daß der Beamte sein Waffengebrauchsrecht auch dort zur Anwendung bringen könne, und ich möchte mich dieser Ansicht anschließen.

Ausgeübt wird, der Angriff muß also gegenwärtig sein (Geyger S. 42, Brincken, Jahrg. 6, S. 147). Gegenwärtig ist der Angriff auch dann, wenn er unmittelbar zu erwarten steht, und ist es noch, wenn und solange der Angreifer durch seine Haltung zu erkennen gibt, daß er den bereits ausgeführten Angriff fortzusetzen beabsichtigt. (Geyger S. 44, Brincken, Jahrg. 6, S. 99.)

Zu Abs. b) des § 28 ist zu bemerken:

Auf der Tat entdeckt erscheint zunächst gleichbedeutend mit »auf frischer Tat betroffen«. Dies würde also vorliegen, wenn »die Tat unmittelbar nach ihrer Verübung entdeckt und auf Grund der hierbei gemachten, auf den Täter hinweisenden Wahrnehmungen die Verfolgung unverzüglich begonnen ist« (Löwe-Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Berlin 1913, § 104, Ziff. 2). Brincken (Jahrg. 6, S. 148) will den Begriff allerdings — wenigstens für den Gendarmen — weiter

fassen. Er weist auf die Beziehungen des § 28 zu § 26 der alten Instruktion hin, nach dessen Absatz b) »die, die eines Verbrechens oder der Teilnahme an einem solchen und zugleich der Flucht verdächtig seien, von den Gendarmen angehalten werden könnten«, und meint, daß auch sie als »auf der Tat entdeckt« gelten müßten. Wer sich seiner Beweisführung anschließt, muß sie auch für den Polizeibeamten gelten lassen.

Verbrecher im Sinne des § 28 sind, da die 1820 geltenden Strafbestimmungen die Unterscheidung des StGB. zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretung noch nicht kannten, alle, die sich irgendeiner strafbaren Handlung schuldig gemacht haben (Delius S. 129, Thiele S. 69, Brincken, Jahrg. 6, S. 148).

Nicht ohne tätlichen Widerstand. Über Widerstand ist die strafrechtliche Literatur zu vergleichen. Thiele (S. 72) will den Tätlichkeitsbegriff hier weiter gefaßt haben als im Absatz a). Meines Erachtens wird man »tätlich« für gleichbedeutend mit »durch körperliche Einwirkung hervorgerufen« erachten müssen. Danach bleibt ein nur durch Bedrohung mit Gewalt geleisteter Widerstand außer Betracht (vgl. auch Olshausen § 116, Nr. 9a). Indessen kennzeichnet »tätlich« nur die Richtung des Angriffes dahin, daß er eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung bezwecken muß, ohne Rücksicht auf den Erfolg (siehe Olshausen § 113, Nr. 25; vgl. auch Winkler S. 57 und Delius S. 112).

Und vielmehr. Nach Brincken (Jahrg. 6, S. 149) muß tätlicher Widerstand einerseits, offene Gewalt oder Drohung andererseits vorliegen; »Gewalt oder Drohung müssen also unmittelbar in tätlichen Angriff überzugehen drohen«. Nach Thiele (S. 71) erklärt »und vielmehr« lediglich den tätlichen Widerstand als offene Gewalt oder gefährliche Drohung.

Offene Gewalt. Über den Begriff der Gewalt ist bereits gesprochen (S. 6ff.). »Der Ausdruck ‚offene Gewalt' bedeutet nur, daß die Anwendung von Gewalt seitens des Kontravenienten deutlich wahrnehmbar ist« (Delius S. 129); »es genügt also eine auf das Gewaltunternehmen abzielende und erkennbare Absicht auf seiten des Entdeckten, die Gewalt muß offenkundig, offensichtlich, erkennbar sein; die Gewaltverübung braucht nur angedroht, angekündigt, kundgetan sein« (Thiele S. 75).

Gefährliche Drohungen sind nach Thiele (S. 73) ein Rechtsbegriff des Allgemeinen Landrechts und lagen vor, wenn ihre Verwirklichung unter den obwaltenden Umständen mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Drohenden sowie des Bedrohten, auf die Veranlassung derselben und auf die Art des angedrohten Verbrechens wohl zu erwarten war. »Für den § 28 muß die Drohung für den Fall ihrer Verwirklichung sich als ein Hindernis darstellen, das nicht nur dem Wollen einer Amtshandlung, sondern auch der Ausführung dieses Wollens gefährlich werden könnte« (Thiele S. 74). Man wird also gefährliche Drohungen als gleichbedeutend mit »Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben« ansehen müssen (Brincken, Jahrg. 6, S. 149,

Geyger S. 44). Die Drohungen können auch durch Handlungen, Mienen und Gebärden zum Ausdruck kommen (Geyger a. a. O.).

Endlich sei zu Absatz c) bemerkt:

Angewiesener Posten. »Angewiesen« scheint zunächst lediglich der dem Beamten im einzelnen Fall von einem Vorgesetzten zugeteilte Posten zu sein. Indessen halten Geyger (S. 46) und Brincken (Jahrg. 6, S. 150) diese Auffassung für zu eng. Thiele (S. 81) meint, daß »angewiesener Posten« weiter nichts bedeute als »angewiesenes, übertragenes Amt, angewiesene Stellung, zugewiesene Aufgaben oder Pflichten«. Brincken hält freilich a. a. O. die Auslegung »durch das Gesetz angewiesen« für zu weit, da sie die Absätze a) und b) völlig überflüssig machen würde. Er meint, man müsse den Begriff des militärischen Postens zugrunde legen, und kommt unter Heranziehung des § 12 der Gendarmerieinstruktion vom 30. Dezember 1820 zu dem Ergebnis, daß der Gendarm (mithin auch der Polizeibeamte) auf dem »angewiesenen Posten stehe«, wenn er

a) einer erregten znsammengerotteten Menschenmenge gegenüber, die sich anschickt, einen Landfriedensbruch oder einen Aufruhr zu begehen, insbesondere auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen Wache zu halten,

b) wenn er einen Gefangenen zu transportieren hat;

Geyger (S. 47) ist der gleichen Ansicht, nur ohne die vorstehend gesperrt gedruckte Einschränkung, und auch ich möchte annehmen, daß der Polizeibeamte zum mindesten jeder zusammengerotteten Menschenmenge gegenüber auf dem angewiesenen Posten steht, gleichgültig, welche Handlungen sie sich zu begehen anschickt.

Anvertraut ist im weitesten Sinne zu fassen. Alle Personen sind dem Beamten anvertraut, die nach irgendeiner Richtung hin seines Schutzes bedürfen, insbesondere gegen die ein rechtswidriger Angriff unternommen wird (Geyger S. 47, Thiele S. 77).

Nachdem gelinde Mittel fruchtlos angewandt sind. Welche, ist nicht gesagt, und sind die Meinungen hierüber sehr geteilt. Im Falle des Absatzes c) nehmen Brincken (Jahrg. 6, S. 173) und Geyger (S. 47) beispielsweise an, daß schon die im § 116 StGB. vorgeschriebene dreimalige Aufforderung ausreicht. Thiele (S. 50) meint, daß nicht nur »Gewaltmittel« (Handanlegen, Anwendung körperlicher Kräfte), sondern auch »Vernunftmittel« (gütliche Einrede, Warnung, ernstliche Androhung des Waffengebrauchs) ausreichend sind. Er nimmt diese Bestimmung überhaupt sehr leicht und meint, der Gesetzgeber habe nur für leichtere Fälle eine Regel geben und vor einem blinden Waffengebrauch warnen wollen. Mir erscheint dies doch bedenklich. Mögen die Fälle noch so klar erkennen lassen, daß eine Anwendung gelinder Mittel vorher gar nicht möglich war. Ein formeller Gerichtshof kann sich schließlich doch darauf berufen, daß die gelinden Mittel zunächst hätten versucht werden müssen. Noch enger sagt die Berliner Dienstanweisung (abgedruckt in der »Polizei«, Jahrg. 9, S. 152): »nachdem alle andern Mittel fruchtlos angewendet sind«. Daß der Polizeibeamte manchmal tatsächlich in Lagen kommt, wo die Zeit fehlt, ein gelindes Mittel fruchtlos anzuwenden,

wird kein Praktiker bestreiten, und doch kann auch hier der Wortlaut verhängnisvoll werden. Dringend wünschenswert wäre daher die Einführung der in der Dienstvorschrift für die Landgendarmerie, Ziff. 149, gewählte Ausdrucksweise »falls gelinde Mittel nicht ausreichen« (Brincken, Jahrg. 6, S. 170). Bekanntlich findet sie auf den Polizeibeamten keine Anwendung (vgl. im folgenden S. 13).

Für den uniformierten Beamten wird meist noch verlangt, daß er, bevor er zur Schußwaffe greift, die Hiebwaffe erfolglos angewendet haben muß. Im Jahrgang 8, 1911, S. 154 schreibt die »Polizei«: »Durch einen neuen Erlaß« (für welchen Ort ist nicht gesagt, auch ist er nicht näher bezeichnet) »sind die Beamten ermächtigt, wenn Gewalt oder Tätlichkeiten gegen sie selbst verübt werden, während sie sich in Ausübung ihres Dienstes befinden, in dazu geeigneten Fällen ohne vorherige Anwendung der Hiebwaffe gleich von der Schußwaffe Gebrauch zu machen.« Thiele meint übrigens auch (S. 137), daß unbedingt von der Schußwaffe sofort Gebrauch gemacht werden muß, »wenn von vornherein aus der Art und Schwere des Angriffs oder der Größe der gegenüberstehenden Übermacht die pflichtmäßige Überzeugung gewonnen wird, daß die Hiebwaffe im konkreten Falle sich als unzulänglich erweisen würde«.

Wenn der Widerstand so stark ist, daß er nicht anders als mit bewaffneter Hand überwunden werden kann, hat der Beamte nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen (Thiele S. 52).

Mit möglichster Schonung erläutert treffend die Berliner Dienstanweisung (siehe vorher S. 4) dahin: »Er darf demjenigen, gegen welchen die Waffen gebraucht werden müssen, absichtlich keine schwereren Verletzungen beibringen, als für den zu erreichenden Zweck unumgänglich notwendig ist ..... Eine Gefährdung unbeteiligter Personen ist unbedingt zu vermeiden.« Thiele (S. 53) meint, daß die möglichste Schonung beim Waffengebrauch Grundsatz ist, aber nicht notwendig unverzichtbar sein kann. Rücksichtsloses und gefährliches Vorgehen auf seiten des Angreifers fordere beim Angegriffenen gebieterisch Rücksichtslosigkeit in der Abwehr und Überwindung des Angriffs heraus. Wann eine Schonung möglich sei, müsse der handelnde Beamte von Fall zu Fall beurteilen. Für unrichtig halte ich die Ansicht von Delius (S. 95), daß die Schußwaffe stets gegen die Beine gerichtet werden müsse.

Falls Tiere den Beamten im Dienst anfallen oder zu einem Angriff auf ihn verwendet werden, kommt der § 28 gleichfalls zur Anwendung. Indessen fallen »in solchen Fällen fort die Anwendung gelinder Mittel, der Versuch anderweiter Abwehr des Angriffs und die möglichste Schonung. .... Die Gefährlichkeit eines Tierangriffs ist nicht vorhersehbar, daher kann auch das Maß der Abwehr nicht abgewogen werden« (Thiele S. 68). Bezüglich Vorgehen gegen den Hetzenden siehe vorher Seite 7.

Schließlich ist noch die vielumstrittene und praktisch sehr bedeutsame Frage zu erörtern, ob der Polizeibeamte berechtigt ist, auf einen Fliehenden zu schießen. Der Gendarm ist bekanntlich nach der Dienstvorschrift

vom 20. Juli 1906 (Brincken, Jahrg. 6, S. 170) berechtigt von der Schußwaffe Gebrauch zu machen:

Ziffer 149, c) zur Vereitelung der Flucht eines ihm unter Anwendung von Gewalt gegen seine Person entspringenden Gefangenen, solange er dessen unmittelbare Spur verfolgt (vgl. »Gendarm«, Jahrg. 5, 1907, S. 128).

Auf »unmittelbarer Spur« befindet sich der Verfolger, solange er den Fliehenden sieht oder aus eigener Wahrnehmung weiß, wo er sich befindet, wenn er auch augenblicklich nicht sichtbar ist (»Gendarm« ebenda).

Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die polizeilichen Exekutivbeamten ist jedoch nicht erfolgt. Ein Ministerialerlaß vom 3. Juli 1908 weist vielmehr ausdrücklich darauf hin, daß auf sie lediglich § 28 der alten Gendarmerieinstruktion »in ihrem ganzen Umfange, aber auch mit der dadurch gegebenen Begrenzung« Anwendung finden. (Vgl. Kleinow, Waffengebrauch für Polizeiexekutivbeamte, »Polizei«, Jahrg. 8, S. 235, Geyger S. 47.)

Aus dem § 28 selbst läßt sich die Berechtigung nicht ableiten. Absatz a) scheidet auf den ersten Blick aus, Absatz b) versucht man heranzuziehen. Indessen hat das Oberverwaltungsgericht (Entsch. v. 22. Dezember 1896, Bd. 31, S. 438) dahin entschieden: »Ein tätliches Widerstandleisten oder ein Sichwidersetzen mit offener Gewalt kann in dem Flüchten auch dann nicht erblickt werden, wenn der Flüchtling sich gewaltsam losgerissen hat. Das Widerstandleisten mit Gewalt hatte mit dem Augenblick sein Ende erreicht, in dem das Losreißen, die Erlangung der Freiheit, erfolgt war.« (S. »Polizei«, Jahrg. 4, 1907, S. 90, »Gendarm«, Jahrg. 5, S. 103). Auf Absatz c) stützt sich Brincken (Jahrg. 6, S. 194), da der Gendarm seinem »Gefangenen« gegenüber auf dem angewiesenen Posten stehe und ihn bei der Flucht nicht anders behaupten könne. Ob das richtig ist, kann dahingestellt bleiben, da dem Gendarmen, wie schon bemerkt, die neue Dienstvorschrift ohnehin die Befugnis einräumt. Der Polizeibeamte aber kann gar nicht eine Person in gleicher Weise und mit denselben Rechtswirkungen für seinen »Gefangenen« erklären, wie dies die Dienstvorschrift dem Gendarmen gestattet (s. Brincken a. a. O.).

Wird ein Polizeibeamter dagegen ausnahmsweise als Gefangenentransporteur verwandt, so finden nach durchgängiger Ansicht auf ihn die bereits S. 4 zu 4. erwähnten Bestimmungen für Gefängnisbeamte Anwendung (Delius S. 130 ff., v. Reinhardt S. 80) und dies ist meines Erachtens der einzige Fall, in dem der Polizeibeamte auf einen Flüchtenden schießen darf. Erwähnt soll noch werden, daß Thiele (S. 84 ff.) die grundsätzliche Berechtigung des Polizeibeamten, auf einen Fliehenden zu schießen, aus allgemeinen, gewissermaßen rechtsphilosophischen Gründen ableiten will[7]). Ich möchte es vor keinem Gerichte wagen, mein diesbezügliches Handeln mit den Thieleschen Ausführungen zu rechtfertigen.

---

[7]) Insbesondere S. 85: »Rechtsbrecher, die sich der obrigkeitlichen Gewalt durch die Flucht entziehen, sind vor Anwendung der Waffe durch die Flucht nicht geschützt«.

Wie man sieht, sind die Befugnisse des § 28 ziemlich umfassend, manchem Theoretiker vielleicht sogar zu weitgehend. Aber in der Praxis kommen trotzdem Fälle genug vor, in denen sie den Polizeibeamten völlig im Stich lassen, und er ohne ein weiteres Recht entweder wehrlos oder strafbar wäre; und das steht ihm tatsächlich noch zur Seite, nämlich das in § 53 StGB. festgesetzte allgemeine Recht der Notwehr. V. Reinhardt behauptet allerdings (S. 67), daß es für den Polizeibeamten durch die Vorschriften über den Waffengebrauch »modifiziert« werde und für ihn in Ausübung seines Dienstes nicht in Frage komme. Er steht indessen vereinzelt da. Durchgängig wird angenommen, daß das Gesetz über den Waffengebrauch den für jedermann geltenden Notwehrparagraphen »weder einschränken kann noch will, daß beide vielmehr gleichberechtigt nebeneinanderstehen« (vgl. die eingehend begründeten Darlegungen von Brincken, Jahrg. 6, S. 123 ff., Thiele S. 151 ff., Geyger S. 44). Selbstverständlich werden viele Fälle des Waffengebrauchs zugleich unter den § 28 und den Notwehrparagraphen fallen, dann sind beide Gesetze anwendbar (Brincken S. 123).

Der Wortlaut des § 53 sei hier wiedergegeben.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Andern abzuwenden.

Die Überschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.

Die Literatur über das Notwehrrecht ist bekanntlich sehr zahlreich, und kann ich infolgedessen auf die strafrechtlichen Lehrbücher und Kommentare sowie auf die eingehenden Untersuchungen von Thiele (S. 145 ff.) und Brincken (Jahrg. 6, S. 123 ff.) verweisen. Es ist teils enger, teils weiter als die Befugnis des § 28. Enger grundsätzlich insofern, als zunächst ein Angriff auf den Beamten vorliegen muß, bevor dieser seinerseits zum Angriffe schreiten darf. Weiter ist es insbesondere nach folgenden Richtungen:

Es steht auch dem Beamten zur Seite, der sich nicht in Dienstfunktion befindet.

Er braucht sich nicht der anvertrauten Waffen zu bedienen. Im Gegenteil darf er nicht nur jede Privatwaffe anwenden, sondern hat »von vornherein die ausnahmslos freie Wahl eines jeden Mittels, welches nach Lage der schnell zu beurteilenden näheren Umstände erforderlich erscheint, den Angriff abzuwenden« (Brincken, Jahrg. 6, S. 123). So darf er zum Beispiel mit dem Kolben der Waffe, mit einem Stein, Knüppel, Bierglas oder sonst gerade zur Hand liegenden Gegenstand schlagen.

Er braucht nicht vorher gelinde Mittel anzuwenden.

Nach durchgängiger Ansicht kann er sich auch auf Überschreitung der Notwehr (§ 53 Abs. 3) berufen, allerdings würde ein Berufen auf Furcht wohl stets Disziplinarbestrafung nach sich ziehen, denn der Polizeibeamte darf sich nicht fürchten (vgl. Brincken, Jahrg. 6, S. 124).

Auf Notstand (§ 54 StGB.) kann er sich nicht beziehen, »wenn er im einzelnen Falle durch sein Amt oder seinen Beruf zum Bestehen der Gefahr verpflichtet war« (Thiele S. 159). Dies wird wohl fast immer der Fall sein.

Hinsichtlich der Beweislast für alle Fälle des Waffengebrauchs und der Notwehr sei noch erwähnt, daß Thiele (S. 153) in Anlehnung an § 10 des Gesetzes vom 20. März 1837 den Grundsatz aufstellt, daß »die Vermutung für die Rechtmäßigkeit eines jeden Waffengebrauchs sprechen muß«. Dagegen sagt eine Reichsgerichtsentscheidung vom 18. Januar 1907 (III. Zivilsenat): »Die Beweislast dafür, daß ein die Widerrechtlichkeit ausschließender Umstand, insbesondere Notwehr, vorgelegen hat, trifft den Beamten; der Verletzte hat nicht die Widerrechtlichkeit des Waffengebrauchs zu beweisen« (vgl. »Polizei«, Jahrg. 4, S. 517, 1907).

Schreckschüsse bedeuten eine handgreifliche Drohung mit sofortigem Gebrauch der Schußwaffe und sind daher nur dann erlaubt, wenn dieser selbst zulässig wäre (v. Reinhardt S. 72). Thiele (S. 123) hält Schreckschüsse überhaupt für durchaus unzweckmäßig, da sie geeignet seien, den Gegner, namentlich eine erregte Menschenmenge, nur noch mehr zu reizen. Manche Dienstanweisungen verbieten sie übrigens meines Wissens ausdrücklich.

Vorstehende Erörterungen zeigen die Rechte des Polizeibeamten zum Schußwaffengebrauch. Wie schließlich noch bemerkt werden soll, entspricht diesen Rechten die Pflicht. Treffend sagt Thiele (S. 139): »Wie die Nichtanwendung von Waffengewalt je nach den Umständen eine Pflichtwidrigkeit größter Art darstellen kann, so ist selbstverständlich auch jede unterlassene Anwendung der Schußwaffe pflichtwidrig, wenn das Staatsinteresse damit in Widerstreit tritt, das heißt die Staatsgewalt ihren Feinden oder deren Hohn und Spott ganz oder teilweise preisgegeben oder ein sonstiges Unrecht geduldet würde.« Bekanntlich rief in Berlin im Jahre 1912 ein Erlaß des Polizeipräsidenten den Beamten diese Pflicht eindringlich ins Gedächtnis (vgl. »Polizei«, Jahrg. 8, S. 214).

II. Die Dienstwaffe und ihre Behandlung.

Gewehre kommen als Dienstwaffen für Sicherheitsbeamte nur ausnahmsweise in Betracht. Zwar liegen bei vielen Polizeibehörden auch Karabiner bereit; ausgegeben werden sie indessen höchstens bei Massenansammlungen oder drohenden Unruhen. Verfolgungen von Wilddiebs- oder Räuberbanden, bei denen sie in Erscheinung treten (erinnert sei beispielsweise an die Ebenderschen Zigeunerhorden, die 1911 in der Hohen Rhön bei Fulda ihr Wesen trieben), gehören ja zu den größten Seltenheiten. Die Handhabung dieser Waffen ist dem Polizeibeamten als ehemaligem Soldaten geläufig; für ihren Gebrauch gelten die allgemeinen Vorschriften. Zudem ist bei derartigen Vorkommnissen fast immer ein höherer Vorgesetzter zugegen, der die näheren Anweisungen für den einzelnen Fall gibt. Somit erübrigt sich hier weiteres.

Von kurzen Handfeuerwaffen sind teils Revolver, teils die modernen Repetierpistolen im Gebrauch. Wenngleich die letzteren die weitaus

größere Verbreitung gefunden haben und dem Revolver nur aus Sparsamkeitsgründen hier und da ein Platz eingeräumt wird, so ist es doch in den Kreisen der Waffenkenner keineswegs unstreitig, welche von beiden Waffen gerade für den Verbrecherkampf geeigneter sei. Meister, wie Gerhard Bock (»Moderne Faustfeuerwaffen«, S. 184—193, vgl. S. 2), Walter Winans (»Die Kunst des Pistolen- und Revolverschießens«, deutsch von Dr. Maxim Goldberg, S. 267. Paul Parey, Berlin 1914). und Jean Joseph-Renaud (La défense dans la rue, S. 9 f., Pierre Lafitte & Co., Paris, nur in französischer Sprache erschienen), die gewiß Erfahrung haben, ziehen für den Ernstfall unbedingt einen zuverlässigen Revolver vor[8]). Warum? Gewiß leistet die Repetierpistole an Feuer- und Ladegeschwindigkeit, Treffsicherheit und Durchschlagskraft unvergleichlich mehr, auch zeichnet sie handliche Form, geringes Gewicht und sonst noch mancherlei aus. Aber diesen Vorzügen stehen — durch den komplizierten Mechanismus erklärliche — Nachteile entgegen. Dem, der sie nicht kennt, können sie recht gefährlich werden, der Kundige vermag sie vielfach zu vermeiden oder weiß wenigstens mit ihnen zu rechnen. Da im übrigen Browning und Revolver nicht nur bei Polizeibeamten, sondern auch in den Akten des Juristen oft genug eine Rolle spielen, sei das Wichtigste erwähnt.

Alle Repetierpistolen sind Rückstoßlader, das heißt der Rückstoß jedes Schusses spannt sie für den nächsten. Vor dem ersten Schuß muß der Schütze also die spannende »Schlittenbewegung« selbst ausführen, und zwar mit beiden Händen. Die hat man aber nicht immer frei, am wenigsten bei Sistierungen. Nur zu leicht vergißt man in der Hitze des Gefechtes die Schlittenbewegung überhaupt, drückt ab, ein »Versager«, und der Gegner hat Zeit genug, den Zerstreuten ins Jenseits zu befördern. Freilich kann man die Pistole ständig gespannt und gesichert bei sich tragen. Aber abgesehen davon, daß die Federn leiden, vergißt man sehr leicht die im Laufe steckende Patrone, zieht beim Entladen nur das Magazin heraus, entspannt und — es knallt. Fast alle Unglücksfälle mit Repetierpistolen sind hierauf zurückzuführen, und Menschenleben in geradezu entsetzlicher Menge hat diese Nachlässigkeit bereits gefordert, zumal sich viele — leider auch manche Beamte — nicht daran gewöhnen können, auch bei ungeladenen kurzen Waffen die Mündung stets und unter allen Umständen abwärts gerichtet zu halten.

Viele Dienstanweisungen, so die S. 4 erwähnte Berliner, schreiben übrigens ausdrücklich ungespanntes Tragen der Waffe vor. Der Revolver ist immer schußfertig; der Hahn ist im Nu gespannt, bei »Selbstspannern« genügt für kurze Entfernungen einfaches Durchreißen des Abzuges.

Versager, gegen die es bekanntlich keine Garantie gibt, machen bei Selbstladepistolen eine neue Schlittenbewegung notwendig, während

---

[8]) Ein in der »Polizei«, Jahrg. 11, 1914, S. 365 abgedr. Erlaß des Württemb. Min. d. Inn. spricht sich übrigens auch dahin aus, daß für Polizeizwecke Revolver den Selbstladepistolen vorzuziehen seien.



man beim Revolver ohne weiteres den nächsten Schuß folgen läßt. Ladehemmungen [9]) vollends machen sie oft auf längere Zeit unbrauchbar; manchmal klemmt sich die Patrone derart fest, daß der Büchsenmacher helfen muß.

Manchen Ärger verursacht auch das rauchlose Pulver, das zu Selbstladerpatronen verwendet werden muß. Wechselnde Witterungs- und Temperatureinflüsse wie auch die Erschütterung beim Tragen führen eine baldige Zersetzung herbei; trägt man daher Patronen in der Waffe oder Patronentasche einige Monate bei sich, so vermag manche Ladung — sofern sie nicht überhaupt versagt — nicht mehr das Geschoß aus dem Laufe zu treiben. Hierüber noch Näheres am Schlusse dieses Abschnittes (S. 19). Eine weitere unangenehme Beigabe ist das »Nachrosten«, das nach jedem Schießen außer sofortiger sorgfältiger Reinigung und Fettung eine nochmalige am nächsten Tage erfordert.

Auf die vielfach verbreitete Ansicht, daß die Selbstladepistole für Polizeibeamte zu gefährlich sei, brauche ich wohl nicht näher einzugehen. Auf der Straße blindlings herumknallen darf man mit ihr allerdings nicht; in der Hand eines besonnenen und gut ausgebildeten Beamten — und nur einem solchen wird ja die Schußwaffe anvertraut — ist sie für unbeteiligtes Publikum genau so wenig gefährlich wie ein Revolver.

Etwas anderes muß dagegen noch erwähnt werden, nämlich daß zwar die Durchschlagskraft der Selbstladegeschosse größer ist als die einer Revolverkugel, nicht aber das für den Nahkampf so wichtige »Aufhaltevermögen« (stopping power nennt es der Amerikaner). Das kleine Mantelgeschoß dringt tief ein und macht tödliche Wunden; aber bis der Gegner zusammenbricht, dauert lange; manchmal kämpft er, selbst von mehreren Kugeln getroffen, weiter [10]). Das großkalibrige Bleigeschoß wirft ihn im Feuer um, und die Verletzungen sind dabei verhältnismäßig ungefährlicher. Zwar gibt es für Selbstlader auch Patronen mit Teilmantelgeschossen, die sich nach Art der Dumdumgeschosse im Körper pilzartig stauchen. Aber abgesehen davon, daß sie leicht Ladehemmungen hervorrufen (vgl. Bock S. 121), verbietet sich ihre Benutzung für den Polizeibeamten schon aus Menschlichkeitsgründen. Um einmal in die Zukunft abzuschweifen: vielleicht kommt man überhaupt noch dazu, für Polizeiwaffen statt der Kugelpatronen solche mit Gasgemischen zu verwenden, die den Gegner zwar betäuben, aber nicht verletzen. Schon heute gibt es derartige Waffen, zum Beispiel die sogenannte »Scheintod«-Pistole; ihre Gase reichen allerdings, soweit mir bekannt, nicht aus, um einen Gegner wirklich kampfunfähig zu machen; aber möglicherweise gelingt es der Technik sehr bald, etwas Wirksameres

---

[9]) Die kleinsten Fehler in der Waffe (geschwächte Magazinfedern, verbogene Magazinlippen usw.) oder in der Patrone (locker sitzende Geschosse, zu starke oder zu schwache Ladung) können Ladehemmungen hervorrufen, näheres bei Bock S. 186 ff.

[10]) Namentlich wilde Völker leisten in dieser Beziehung Unglaubliches. Vgl. Bock S. 191.



herzustellen. Wie sie sich in der Praxis bewähren werden, bleibt abzuwarten. Das für Dienstwaffen gebräuchliche Kaliber 7,65 mm genügt übrigens für europäische Verhältnisse immerhin; dagegen haben die so beliebten kleinen Repetierpistolen Kaliber 6,35, die namentlich von höheren Kriminalbeamten gern geführt werden, im Nahkampf nur geringe Wirksamkeit (Bock S. 190, vgl. auch Hans Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter, 6. Aufl., Bd. I S. 599f., München 1914), so gefährlich sie als Mordwaffe auch sind[11]). Wer daher unbedingt glaubt, statt oder neben der Dienstpistole noch eine Privatwaffe führen zu müssen (über die rechtlichen und disziplinaren Bedenken vgl. Abschnitt I S. 6), der wähle einen guten fünfschüssigen Zentralfeuerrevolver mit Hahn (hahnlose sind infolge des unsicheren Schießens und der häufigen Versager eine Quelle ständigen Ärgers) in Kaliber 7 mm (9 mm ist noch besser, jedoch etwas zu schwer). Die vorzüglichsten und zuverlässigsten Revolver der Welt sind unstreitig die echten Fabrikate der amerikanischen Firmen Colt und Smith & Wesson (Näheres siehe hierüber bei Bock S. 79—103 und 184—193, Joseph-Renaud S. 8—9 und Winans S. 267), die, nebenbei bemerkt, auch von jedem englischen und amerikanischen Einbrecher geführt werden. Ihre Kaliber 32 und 38 sind etwas größer als die deutschen 320 und 380 (7 und 9 mm), doch werden die passenden Patronen auch in Deutschland hergestellt.

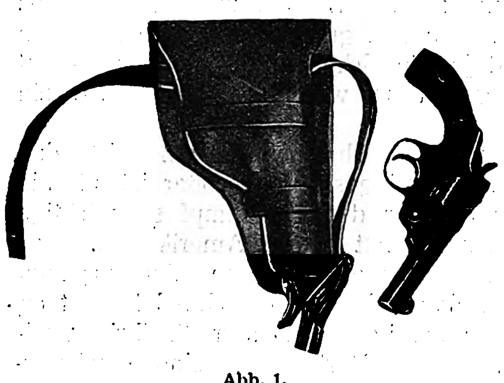


Abb. 1.

Abbildung 1 zeigt meinen Smith & Wesson mit einem echt »wildwestlichen« Futteral, das schnellstes Ziehen der Waffe gestattet; und ich muß gestehen, wo es auf blitzschnelles Schießen und unbedingtes Treffen ankommt, ziehe auch ich ihn den besten Repetierpistolen vor. Leider ist er hier nicht unter 100 Mark zu haben.

Von Selbstladepistolen gibt es bekanntlich unzählige Systeme. Es seien nur die Namen Browning, Dreyse, Parabellum, Mauser, Schwarzlose, Roth-Sauer, Walter, Steyr, Savage, Webley & Scott, Colt, Bayard und Clément genannt. Sie sämtlich zu beschreiben ist hier unmöglich, erübrigt sich auch, da jeder Beamte zu seiner Dienstwaffe eine genaue Beschreibung erhält und im Zerlegen und Zusammensetzen praktisch unterwiesen wird. Die bei Polizeibehörden besonders verbreitete Dreysepistole ist im Jahrgang 8 der »Polizei« S. 11 beschrieben, eine Darstellung der meisten Systeme findet sich bei Bock S. 104ff.

---

[11]) Zu interessanten Erörterungen über die Gefährlichkeit der kleinen Browningpistole kam es anläßlich des 1911 in Berlin verhandelten Mordprozesses gegen den Einbrecher Knitelius (vgl. Hugo Friedländer, »Interessante Kriminalprozesse«, Bd. 6 S. 14ff., Berlin 1912). Die Meinungen blieben geteilt.

Auch für die Reinigung der Waffe erhalten die Beamten genaue Anweisung. Daß sie so sorgsam wie möglich vorzunehmen ist, daß der Beamte seiner Dienstwaffe überhaupt ständig die peinlichste Aufmerksamkeit widmen muß, ist selbstverständlich. Auch in den ruhigsten Bezirken darf er sie niemals als überflüssiges Paradestück betrachten. Überall kann er plötzlich in die Lage kommen, scharfen Gebrauch von ihr machen zu müssen, und ihre Vernachlässigung kann ihm Leben und Gesundheit kosten. Eigentlich ist sie vor jedem Dienstgange nachzusehen, namentlich darauf, ob sie tadellos funktioniert und ob der Lauf frei von Schmutz oder sonstigen Fremdkörpern ist (diese können unter Umständen Laufsprengung hervorrufen!). Alle zwei bis drei Wochen sind Lauf- und Schloßteile zu reinigen und leicht zu ölen. Nach jedem Schießen muß sofort sorgfältige Reinigung erfolgen oder im Notfalle wenigstens vorläufig geölt werden. Bei Verwendung rauchloser Patronen, also stets bei Selbstladern, ist an dem auf das Schießen folgenden Tage nochmals zu reinigen und zu fetten, da rauchloses Pulver, wie schon auf S. 17 erwähnt, nachrostet. Für den Lauf verwendet man am besten das bekannte Waffenöl »Ballistol«, das das Nachrosten sicher verhindert, für die Schloßteile Knochenöl. Besser als eiserne Putzstöcke sind solche von Messing oder auch mit Leder oder Holz umkleidete, sogenannte »Sandbergputzstöcke«.

Aber nicht nur der Waffe allein, auch der Munition ist die größte Aufmerksamkeit zu widmen. Schon oben wurde auf die leichte Zersetzlichkeit des rauchlosen Pulvers hingewiesen. Patronen, die einige Monate im Außendienst getragen werden, sind häufig völlig unbrauchbar. Ob die Ursache die wechselnden Temperaturverhältnisse bei dem häufigen Übergang vom Kalten ins Warme, die Erschütterung beim Tragen oder auch das Öl der Waffe ist (vgl. Huber, »In welchen Zeitabschnitten ist ein Austausch der Gebrauchsmunition bei Polizeihandfeuerwaffen nötig«, »Polizei«, Jahrg. 6 S. 510), kann dahingestellt bleiben. Tatsache ist, daß sich beim Schießen mit derartigen Patronen ständig Kurzschüsse ergeben, die Geschosse vor dem Ziel zur Erde fallen, gar im Laufe stecken bleiben oder die Patronen endlich ganz versagen. Gewöhnlich zeigt schon der matte Knall den Verderb des Pulvers an. Bleibt ein Geschoß im Laufe stecken, so kann es übrigens sehr leicht passieren, daß beim Schnellfeuer das nächste Geschoß auftrifft, wobei eine Aufbauchung, manchmal auch völlige Sprengung des Laufes — verbunden mit dem Verlust einiger Finger des Schützen — erfolgt. Das beste Mittel, sich gegen derartige Vorkommnisse zu schützen, bleibt das freilich aus Sparsamkeitsgründen nicht überall durchführbare, den Beamten so oft wie möglich frische Patronen zu geben und die alten zu Schießübungen zu verwenden. Huber hält für Fußmannschaften eine halbjährliche, für berittene eine vierteljährliche Erneuerung für empfehlenswert. Die bekannte Versuchsanstalt für Handfeuerwaffen in Halensee rät unter allen Umständen zu vierteljährlicher Erneuerung (»Polizei«, Jahrg. 6, 1910 S. 437).

III. Scheibenschießen und Üben.

Beamten, die nicht beim Militär mit dem Revolver geschossen haben, macht das Pistolenschießen zunächst ziemliche Schwierigkeiten. Einige Bemerkungen für Anfänger und ausbildende Vorgesetzte seien daher vorausgeschickt.

Die Stellung läßt sich der Beamte am besten von einem Kameraden zeigen, der beim Militär mit dem Revolver ausgebildet ist. Stets soll sie möglichst ungezwungen sein. Die Beine nicht zu eng gestellt, die Kniee straff, der Oberkörper darf niemals nach rückwärts geneigt werden. Da beim Schnellfeuer der Rückstoß den Schützen nach hinten wirft, ist eine nach vorn gebeugte Haltung vorteilhaft. Duellschützen pflegen die rechte Seite des Körpers ganz nach vorne zu drehen, um dem Gegner möglichst ein schmales Ziel zu bieten. Winans (S. 274) warnt hiervor, da die Kugel des Gegners bei dieser Stellung stets edle Teile durchschlage, während man von vorne selbst mehrere Schüsse erhalten könne, ohne lebensgefährlich verletzt zu werden.

Ob man mit gekrümmtem oder gestrecktem Arm schießt, ist Sache der persönlichen Gewohnheit. Selbst die Pistolenweltmeister haben verschiedene Anschlagsarten (siehe die Abb. bei Bock S. 242 f.). Stets muß der Arm im Ellbogen und Handgelenk lose sein. Eine korrekte Anschlagstellung zeigt Abb. 2.

Beim Zielen kann man je nach Gewohnheit das linke Auge schließen oder offen behalten. Die Zielarten »gestrichen Korn«, »fein Korn« und »voll Korn«, die Zielfehler »Korn klemmen« und »verkanten« sowie die Haltepunkte »Ziel aufsitzen lassen« (unten anfassen), »in das Ziel gehen« (Fleck halten) und »Ziel verschwinden lassen« (oben anfassen) werden wohl den meisten Lesern aus der Militärzeit bekannt sein. Nötigenfalls gibt jede militärische Schießvorschrift[12]) sowie auch ein jagdliches Lehrbuch[13]) Auskunft. Hier sei nur kurz zusammengefaßt: Richtige Zielart ist bekanntlich »gestrichen Korn«. »Voll Korn« erzeugt Hoch-, »fein Korn« Kurzschuß, Klemmen des Korns nach links ergibt Linksschuß, »verkanten« nach links Linkskurzschuß und umgekehrt; helle Beleuchtung von oben erzeugt Kurz-, trübe Witterung Hochschuß. Bei stark seitlicher Beleuchtung weicht das Geschoß nach der dunkeln Seite ab; Beleuchtung von rechts ergibt also Linksschuß. Wind von rückwärts ergibt Hoch-, Gegenwind Kurzschuß. In schwächerem Maße hat Hitze bzw. Kälte denselben Einfluß. Seitlicher Wind treibt das Geschoß zur Seite.

Beim Anschlag soll der Polizeibeamte die Waffe auf kürzestem Wege auf das Ziel richten, nicht, wie es beim Militär üblich ist, mit hochgehobener Mündung in Anschlag gehen und sie allmählich senken. Der Amerikaner übt sogar das Schießen aus jeder beliebigen Stellung, selbst

---

[12]) Ein billiger Grundriß ist z. B. Major Menzels »Dienstunterricht für den deutschen Infanteristen«. Bearbeitet von v. Wurmb, Berlin 1915.

[13]) Wild-Queißner, Die Kunst des Schießens mit der Büchse. Paul Parey, Berlin 1914; v. Raesfeld, Das deutsche Weidwerk. Ebenda, Berlin 1914; Odenwälder, Der gerechte Jäger, Neudamm, u. a. m.

das Schießen durch die Kleidertasche (Näheres siehe bei Bock S. 263, über den Schuß durch die Tasche Joseph-Renaud S. 12 f. und Winans S. 272).

Der Haltepunkt ist im allgemeinen »Ziel aufsitzen lassen«; indessen, ist er schon bei Gewehren verschieden, so bei Pistolen und Revolvern noch viel mehr. Bei manchen Revolvern muß man bis zwei Hände

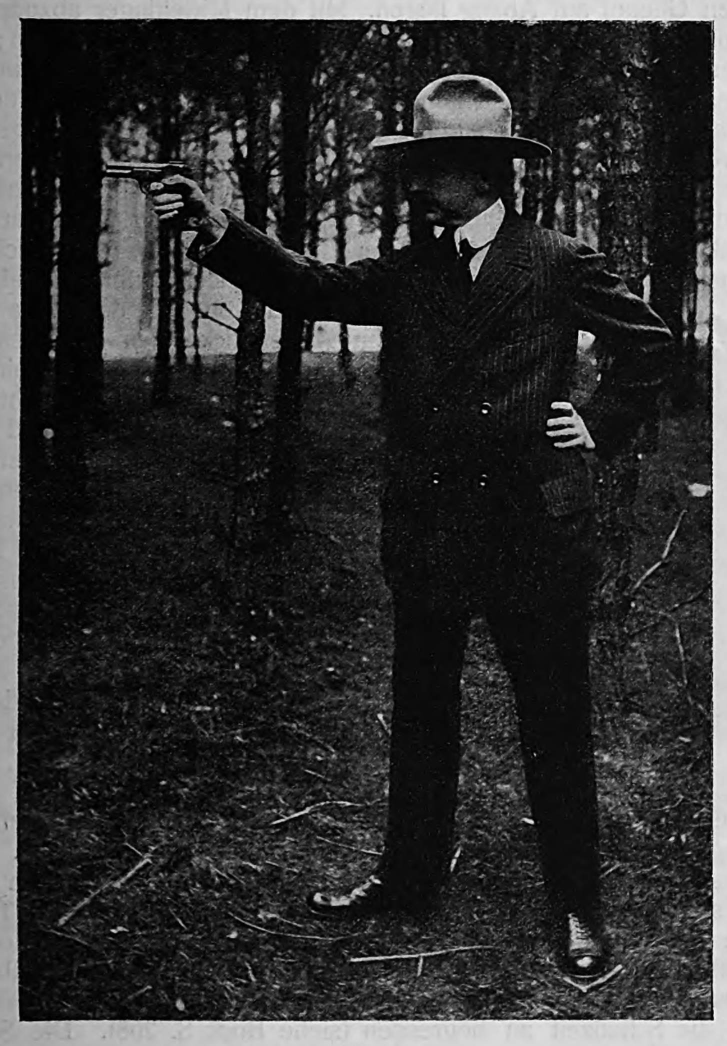


Abb. 2.

breit unter das Ziel halten, auch seitliche Abweichungen kommen vor. Sorgfältiges Einschießen jeder Waffe ist daher erforderlich. Paßt der Haltepunkt gar nicht, so muß der Büchsenmacher durch Änderung der Visierung helfen. Zu hoher Schuß macht ein höheres Korn oder niedrigere Visierung erforderlich, zu kurzer Schuß das Umgekehrte. Bei Rechtsschuß muß entweder das Korn nach rechts oder das Visier nach

links verschoben bzw. die Visierkimme nach links ausgefeilt werden, bei Linksschuß wiederum umgekehrt.

Die meisten Fehlschüsse kommen von falscher Betätigung des Abzuges. Beim Abdrücken soll der Zeigefinger mit der Wurzel des vorderen Gliedes (bei Gebrauchswaffen mit hartem Abzug mit dem mittleren Gliede) am Abzug liegen. Mit dem Mittelfinger abzudrücken, wie von manchen Seiten geraten wird, ist nicht zu empfehlen; siehe hierüber ausführlich im folgenden Abschnitt S. 28. Die Betätigung des Abzuges muß durch einen ganz gleichmäßig anwachsenden Druck des Zeigefingers erfolgen. Sobald die Visierlinie auf den Zielpunkt gerichtet ist, wird der Druck des Zeigefingers langsam verstärkt. Entfernt sich die Visierlinie infolge der Schwankungen der Hand vom Zielpunkte, so bleibt der Finger regungslos, um, sobald die Visierung wieder auf dem Zielpunkte ruht, den Druck fortzusetzen (Bock S. 253). Das ruckartige Krümmen des Abzuges, das sogenannte »Reißen« führt unweigerlich Fehlschuß herbei, ebenso das Zusammenzucken im Augenblicke des Schusses, das »Mucken«. Gute Schützen pflegen beim Abziehen den Atem anzuhalten. Wichtig ist, daß der Schütze den Abzugswiderstand seiner Waffe einigermaßen kennt; zu harten oder zu weichen Abzug kann der Büchsenmacher abändern. Beim Revolverschießen empfiehlt es sich stets, den Hahn zu spannen; bei Durchziehen trifft man nur auf kürzeste Entfernungen.



Abb. 3.

Langes Zielen ist für jeden Pistolenschützen unvorteilhaft; der Polizeibeamte darf es sich schon mit Rücksicht auf den Ernstfall keinesfalls angewöhnen. Für ihn ist es bedeutend wichtiger, mit jedem Schuß ein größeres Ziel auf kurze Entfernung schnell zu treffen, als hin und wieder ein kleines nach langem Zielen. Sein Bestreben muß sein, möglichst sämtliche Schüsse in einen Kreis zu bringen, der mit fortschreitender Übung immer kleiner wird.

Figurscheiben sind den üblichen Ringscheiben vorzuziehen. Am besten ist die sogenannte Wilddiebsscheibe (vgl. Abb. 3). Trifft sie der Polizeibeamte mit dem Revolver auf etwa 15, mit der Repetierpistole auf etwa 20—25 m mit jedem Schuß, so kann er mit Schnellfeuerübungen beginnen. Im Auslande ist es bei allen gebrauchsmäßigen Schießen üblich, die Schußzeit zu begrenzen (siehe Bock S. 268). Die Scheibe ist nur eine bestimmte Zeit sichtbar, innerhalb welcher der Schütze die 6 oder 7 Schuß einer Ladung abgegeben haben muß. Oder es wird kommandiert und gezählt. Der Schütze geht auf Kommando in Anschlag und muß bei der dritten oder vierten Zahl geschossen haben.

Noch besser läßt sich mit beweglichen Scheiben üben. Bekanntlich gibt es sowohl seitlich vorbeilaufende wie auch vor- und zurückgehende (Bock S. 293 ff.); doch ist ihre Anlegung ziemlich umständlich und nur auf großen Schießständen möglich.

Im Auslande übt man gebrauchsmäßiges Schießen noch komplizierter. Nach Joseph-Renaud (S. 10 f.) soll man auf fünf verschieden gruppierte Figuren schießen — auf etwa 5—6 m — und versuchen, zunächst sämtliche Kugeln in eine, dann abwechselnd in zwei und schließlich in jede Scheibe eine zu bringen. Man soll diese Übung auch in der Dämmerung und beim Mondschein vornehmen. Zu Übungen im Dunkeln rät auch Winans (S. 292), eventuell mit Hilfe einer hinter der Scheibe befindlichen, von einem Gehilfen aus entsprechender Entfernung bedienten Klingel, um nach dem Gehör schießen zu lernen.

Der Betrieb auf dem Scheibenstand richtet sich nach militärischen Regeln; ein Aufsichtführender muß stets vorhanden sein. Vor dem Schießen ist nachzusehen, ob der Lauf rein ist, hinterher, ob abgespannt und keine Patrone mehr im Lauf ist. Bei jedem Verlassen des Standes ist zu sichern. Daß die Waffen mit möglichster Vorsicht gehandhabt werden müssen, daß insbesondere die Mündung außer beim Schießen stets nach unten (aber nicht auf die eigenen Füße) gerichtet werden soll, sei hier nochmals erwähnt. Ist ein Knall matt und der Schuß nicht auf der Scheibe, so ist sofort nachzusehen, ob das Geschoß nicht im Laufe stecken geblieben ist (vgl. S. 19).

Leider ist es aus Sparsamkeitsgründen nicht möglich, Schießübungen so häufig vornehmen zu lassen, daß jeder Beamte zu einem Meisterschützen ausgebildet wird. Er sollte daher wenigstens privat so oft wie möglich Anschlag-, Ziel- und Abzugübungen vornehmen und hierbei namentlich möglichste Schnelligkeit erstreben. Bei Repetierpistolen werden für Abzugübungen Exerzierpatronen, bei Revolvern abgeschossene Hülsen verwandt. Ohne die letzteren den Hahn schlagen zu lassen, ist für die Waffe schädlich (Bock S. 235). Bei Repetierpistolen soll man auch das schnelle Zurückziehen des Schlittens üben, da ja, wie schon erwähnt, im allgemeinen ungespanntes Tragen vorgeschrieben ist. Nach Bock (S. 240) zieht die rechte Hand die Waffe, die linke geht nach rechts, sobald die Mündung nach vorn zeigt, faßt das Verschlußstück und reißt es zurück. Bei Revolvern übe man insbesondere schnelles Hahnspannen (vgl. im folgenden S. 27). Daß man sich vor jeder Übung davon überzeugt, daß die Waffe nicht geladen ist und auch eine ungeladene niemals versehentlich oder gar absichtlich auf einen Menschen richtet, ist selbstverständlich, kann aber nicht oft genug wiederholt werden.

IV. Gebrauch der Waffe im Ernstfall.

a) Allgemeines.

Großes Vertrauen bringt die Behörde dem Beamten entgegen, dem sie eine Schußwaffe zum Dienstgebrauch überläßt. Eine weitgehende Macht über Leben und Tod seiner Mitmenschen räumt sie ihm ein, aber eine schwere Verantwortlichkeit legt sie ihm auch auf. In Sekunden soll er sich in den schwierigsten Situationen, selbst in höchster persönlicher Gefahr, über sein Vorgehen, das stets folgenschwere Weiterungen

nach sich zieht, klar sein. Ein kurzes Zaudern kann sein und anderer Leben, eine geringe Übereilung seine Freiheit und Stellung kosten. Einer unerschütterlichen Kaltblütigkeit, Ruhe und Besonnenheit bedarf es, um derartigen Aufgaben gerecht zu werden, daneben jedoch auch einer elastischen Spannkraft und Geistesgegenwart, die blitzschnelles Denken uud Handeln ermöglicht, alles Eigenschaften, die zum Teil einander ausschließen, und die sich der Beamte sämtlich nur durch strengste Selbsterziehung und Willenskraft in genügendem Maße aneignen kann.

Eingehende Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften ist erforderlich, um Mißgriffe zu vermeiden; sorgsame Pflege der Dienstwaffe und ständiges Üben, um nicht im Verbrecherkampfe zu unterliegen. Nirgends rächt sich Nachlässigkeit und Sorglosigkeit so wie hier.

Bestimmte Anweisungen für das Vorgehen im Ernstfalle lassen sich nicht geben, da jeder Fall anders liegt. Die erforderlichen Maßnahmen müssen daher in letzter Linie immer dem pflichtmäßigen Ermessen des Beamten überlassen bleiben; wohl aber gibt es eine Anzahl von Kniffen und Pfiffen, die bei richtiger Anwendung sehr wohl geeignet sind, einen entscheidenden Erfolg herbeizuführen. Die mir bekannten will ich in den folgenden Zeilen schildern; die meisten sind ausländischen Ursprungs und in Deutschland nur wenig bekannt.

b) Die Trageweise der Waffe.

»Muß man schießen, so hängt alles davon ab, daß man zuerst zu Schuß kommt,« sagt Winans (S. 272). Wie schon erwähnt, sieht sich der Beamte oft ganz unvorhergesehen zum schnellsten Waffengebrauch genötigt, und hat er die Pistole dann nicht sofort zur Hand, ist es häufig schon zu spät. In vollstem Rennen, von Menschen umdrängt, im Finstern, auf Dächern kletternd, womöglich am Boden liegend, schon gepackt, gewürgt oder verwundet, überall muß er noch die Möglichkeit haben, die Waffe zu fassen. Von ihrer zweckmäßigen Trageweise hängt daher mehr ab, als man zunächst glaubt.

Uniformierte Beamte tragen die Waffe am übergeschnallten Koppel. Sie brauchen nur darauf zu achten, daß sie stets möglichst nach vorn sitzt, dann kann sie schnellstens gefaßt werden. Aufpassen muß man allerdings, daß sie einem nicht im Gedränge entrissen wird; aus diesem Grunde halten manche das Tragen unter dem Rocke für zweckmäßiger. Mir scheint immerhin die schnelle Feuerbereitschaft wichtiger zu sein; bei genügender Vorsicht läßt sich das Entreißen schon vermeiden.

Kriminalbeamte tragen die Waffe unsichtbar. Der beliebteste Aufbewahrungsort ist die bekannte hintere Hosentasche. Erfahrene Kenner warnen indessen vor dieser Trageweise ganz entschieden, da das Ziehen zu umständlich sei, der Gegner aus der Bewegung der Hand sofort die Absicht merke (Joseph-Renaud S. 12 u. 339 f.) und zuvorkommen könne. Tatsächlich gibt es auch Griffe, mittels derer man selbst unbewaffnet es dem Gegner unmöglich machen kann, die Schußwaffe zu ziehen. Ich werde sie in einer folgenden Abhandlung: »Die Schußwaffe in der Hand des Verbrechers,« in dem Abschnitte »Die Festnahme bewaffneter

Verbrecher« eingehend schildern; sie sind nur in Frankreich allgemein bekannt.

Winans empfiehlt (S. 272) das Tragen in der Brusttasche, Joseph-Renaud (S. 12) in der rechten Rocktasche. Er rät auch für plötzliche Überfälle oder wenn man selbst bereits mit einer Schußwaffe bedroht wird, durch die Tasche hindurch zu schießen. Hierzu gehört indessen große Übung; wer sie nicht besitzt, soll es lieber unterlassen. Für kurze Zeit pflege auch ich, wenn ein Zusammenstoß bevorsteht, die Waffe in der rechten Rocktasche zu tragen. Nur reißt die schwere Dienstwaffe bald die Tasche durch und ist auch nach außen leicht erkennbar. Bemerkt sei noch, daß, wer die Waffe längere Zeit in einer Kleidertasche tragen will, stets ein Lederfutteral (ohne Deckel) benutzen sollte, da sonst Kleiderstaub oder Schmutz in Lauf und Mechanismus dringt. Das Tragen an einem Leibriemen unter dem Rocke ist an sich zweckmäßig, nur rutscht das Futteral beim Gehen hin und her, auch übt der Riemen auf die Dauer einen lästigen Druck auf den Magen aus.

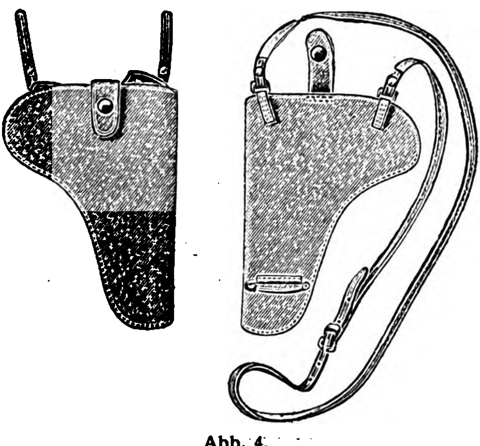


Abb. 4.

Großen Anklang in kriminalpolizeilichen Kreisen hat das in Abbildung 4 dargestellte Futteral gefunden, das ich vor mehreren Jahren konstruierte und das von der Firma Albrecht Kind, Hunstig (Rheinland), in den Handel gebracht wird. Die Waffe wird am Schulterriemen unter Rock oder Weste getragen, wobei sich das Gewicht günstig verteilt und Druck auf den Magen ausgeschlossen ist. Das Futteral hängt an der rechten Seite, für besonders schnelle Schußbereitschaft, wie Abbildung 5 zeigt, kurz um den Hals, wobei eine Sicherheitsnadel das Feststecken an der Kleidung gestattet. Der Verschluß besteht in einem schmalen Riemen mit Druckknopf, der die Waffe augenblicklich freigibt (s. Abbild. 4).



Abb. 5.

Wer Wert auf schnellste Feuerbereitschaft legt, wählt zweckmäßig das neuerdings von mir konstruierte, in Abbildung 6 dargestellte Modell, bei dem der Griff frei herausragt. Bei tief ausgeschnittenen Westen kann der Schulterriemen sichtbar sein. Es empfiehlt sich für solche Fälle die Benutzung eines kleinen verstellbaren Querriemens, der am rechten Hosenträger befestigt wird und den Riemen zur Seite hält. Er verteilt zugleich das Gewicht noch

günstiger. Über demselben kann man eine kleine Tasche zur Aufbewahrung des Reservemagazins oder loser Patronen anbringen (Abbildung 7).

c) Die Androhung des Waffengebrauchs.

Wenn es nach den Umständen irgend möglich ist, wird der Beamte jedem Schußwaffengebrauch eine Androhung vorhergehen lassen. Ausdrücklich vorgeschrieben ist sie zwar nirgends, aber — namentlich bei Aufläufen und Zusammenrottungen — durchweg üblich. Zu empfehlen ist sie stets, allein schon, um nachträglich etwa auftauchendem Verdachte der Voreiligkeit begegnen zu können.

In bedenklichen Lagen wird der Androhung zweckmäßig durch das Vorweisen der schußfertigen Waffe Nachdruck verliehen. Häufig kommt der Gegner hierbei zur Vernunft und gibt den Gedanken an weiteren Widerstand auf. Freilich auch nicht immer. Baue der Beamte ja nicht zu fest auf den

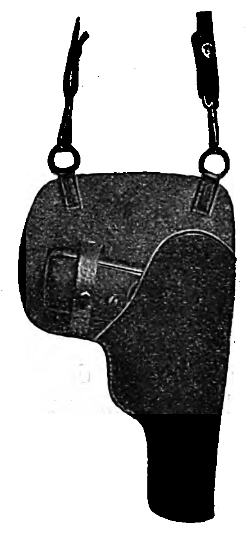


Abb. 6.



Abb. 7.

Abschreckungszauber seiner Waffe. Bilde er sich um Gottes willen nicht ein, daß jeder Verbrecher, dem er die Pistole vor den Leib hält, gleich vor Entsetzen zusammenknickt und nicht mehr zu mucksen wagt. Er braucht nur einen gewandten Gegner — etwa einen ehemaligen Artisten — vor sich zu haben, und es kann ein sehr schneller Rollenwechsel eintreten. Ein Moment der Unachtsamkeit, im nächsten ist der Sorglose gepackt und im übernächsten wehrlos. Drei Schritt vor der Mündung der schußfertigen Pistole stehend, vermag man den siegesgewissen Gegner noch mit einem plötzlichen Ansprunge wehrlos zu machen. Verschiedene derartige Griffe habe ich von Artisten gelernt; ich werde sie in der schon erwähnten Abhandlung »Die Schußwaffe in der Hand des Verbrechers« eingehend beschreiben. Selbstverständlich müssen sie blitzschnell ausgeführt werden, aber schlimmstenfalls kann man auch einen Fehlschuß riskieren; denn da der Ansprung in seitlichem Bogen erfolgt, ist hundert gegen eins zu wetten, daß man nicht ge-

troffen wird. Wer derartiges beabsichtigt, versucht in der Regel, den ihn Bedrohenden durch unterwürfiges Verhalten sicherzumachen und den ersten Augenblick der Nachlässigkeit auszunutzen. Renaud (S. 343) empfiehlt dies ausdrücklich jedem, der von einer Schußwaffe bedroht wird.

Bei mehreren Gegnern ist die Lage noch gefährlicher. Hier gilt es, sich den Rücken frei zu halten und gegen seitliche Angriffe zu decken. Die Stellung ist möglichst so zu wählen, daß man sämtliche Gegner im Auge behält, die Waffe ist halb erhoben, um sie sofort nach jeder Richtung in Anschlag bringen zu können. Gleich auf einen bestimmten Gegner in Anschlag zu gehen empfiehlt sich nicht, da es dann bedeutend umständlicher ist, die Waffe in andere Richtung zu bringen (vgl. auch die S. 23 erwähnte Renaudsche Übung mit fünf Scheiben).

Mißlich ist es auch, wenn der Gegner sich einfach umdreht und davonläuft. Dann heißt es schleunigst hinterherrennen; denn auf den Flüchtenden schießen darf man ja nicht (vgl. S. 13). Dabei aber sei man ständig schußbereit, da der Flüchtende sich sehr oft im vollsten Rennen umdreht, zum Angriff übergeht oder schießt. Mancher Beamte ist schon auf diese Weise getötet oder schwer verletzt worden.

Der praktische Amerikaner hat ein uraltes und sehr einfaches Mittel, um alle derartigen Mätzchen unmöglich zu machen. Hat er den Gegner vor der Mündung seiner Waffe — und die fliegt ihm infolge ständigen Übens wie der Blitz in die Hand —, so läßt er sofort das bekannte »hands up« (Hände hoch) ertönen. Fliegen nicht augenblicklich beide Arme des Gegners in die Höhe, so folgert er daraus ohne weiteres, daß dieser schießen will — den Besitz der Schußwaffe unterstellt er als selbstverständlich — und durchlöchert ihn demgemäß mit einer oder zur Vorsicht lieber gleich mit mehreren Revolverkugeln. Niemandem, am wenigsten einem Richter, fällt es ein, das Zwingende dieser Logik anzuzweifeln. Und tatsächlich, so bedenklich dieses Verfahren auch erscheint, im Kampfe mit heimtückischen und verzweifelten Verbrechern hat es eine gewisse Berechtigung und könnte, wenn hier zulässig, manchem braven Beamten das Leben retten. Wie oft hat der Beamte, wenn er die »offene Gewalt«, die »Tätlichkeit« oder den »gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff« wahrnimmt, bereits die Kugel in der Brust oder das Messer im Leibe. Freilich ist es sehr fraglich, ob deutsche Gerichte das Vorgehen nach amerikanischem Muster mit den im ersten Abschnitt erörterten gesetzlichen Vorschriften in Einklang bringen würden.

d) Das Schießen im Ernstfalle.

Nach allen Vorbereitungen ist es so weit. Der Beamte ist im Dienste, die geladene Schußwaffe an der Seite, die gesetzlichen Vorschriften im Kopfe und schreitet ein. Er faßt zu, da reißt sich der Sistierte los, springt zurück und greift in die Tasche. Jetzt wird es ernst, und die Pistole fliegt heraus. Aber noch ist manches zu erledigen. Zunächst niemals das Entsichern vergessen. Sehr leicht passiert einem das im Ernstfalle, weshalb auch die Amerikaner an ihren Revolvern nie Sicherungen anbringen. Wenn irgend möglich, spanne man beim Revolver den Hahn. Zu achten ist aber darauf, daß er nicht halb-

gespannt dem Daumen entgleitet, wobei der losgehende Schuß das größte Unheil anrichten kann. Bei Repetierpistolen muß die Schlittenbewegung gemacht werden. Bemerkt sei hierbei, eigentlich sollen sie ja ungespannt getragen werden (vgl. S. 16). Für Dienstgänge, bei denen man von vornherein mit gefährlichen Zusammenstößen rechnen muß, möchte ich aber doch empfehlen, vorher zu spannen und zu sichern. Ist man erst im Gedränge, so kann es tatsächlich zu spät sein. Selbstverständlich darf man nicht vergessen, nachher, so bald wie möglich, abzuspannen und die Patrone aus dem Laufe zu entfernen.

Zu zielen soll man unter allen Umständen, wenigstens im groben, versuchen. Keinesfalls darf man, wie dies der Anfänger sehr leicht zu tun geneigt ist, seine sämtlichen sechs oder sieben Schüsse so schnell wie möglich hintereinander wegknallen. Es muß schon ein ganz besonderes Glück sein, wenn auch nur einer halbwegs trifft. Weit mehr kann man damit rechnen, harmlose Passanten anzuschießen. Eine gut gezielte Kugel wirkt besser als sieben schlecht gezielte, und ist der Patronenvorrat erschöpft, so ist die Pistole nur noch ein Stück Eisen. Nebenbei bemerkt führe ich stets Reservepatronen bei mir. (Über die Trageweise vgl. S. 26). Man kann doch in Lagen kommen, wo man sie sehr nötig braucht.

Um schnell ein größeres Ziel zu treffen, empfiehlt Hans Groß (Handbuch für Untersuchungsrichter, 6. Aufl., Bd. I S. 598), und ebenso Renaud (S. 13) mit dem Mittelfinger abzudrücken, den Zeigefinger seitwärts an den Lauf zu legen und mit ihm auf das Ziel zu deuten, namentlich bei Dämmerung und Halbdunkel. Bock (S. 250) rät davon entschieden ab, hauptsächlich weil man dabei die Waffe nicht fest genug halte. Bei Repetierpistolen darf man es ohnehin keinesfalls versuchen, da der Zeigefinger an der Auswurfsöffnung liegen müßte und durch die herausfliegende Hülse verletzt würde.

Wie soll man nun halten? Der Kopf des Gegners bietet ein sehr kleines Ziel (Winans S. 274). Da man im Ernstfall meist hoch schießt, würde die Kugel aller Voraussicht nach über ihn hinweg in das Publikum gehen. Auf die Beine halte man höchstens auf ganz kurze Entfernungen, da man sonst ebenfalls meist fehlt, bei Hochschuß womöglich eine gefährliche und qualvolle Verletzung des Unterleibes bewirkt. Ein guter Schütze kann versuchen, die rechte Schulter zu treffen. Im allgemeinen empfiehlt es sich, mitten auf den Körper oder besser etwas unter die Mitte zu halten. Renaud meint (S. 344), daß man im Ernstfalle stets zu weit rechts schieße. Danach müßte man also zur Vorsorge links halten.

Bock (S. 264) weist darauf hin, daß selbst ein gut sitzender Schuß einen kräftigen Gegner nicht gleich umwerfe, und rät daher, stets unverzüglich weitere Schüsse folgen zu lassen, den Gegner »voll Blei zu pumpen«, wie der Amerikaner sagt. Für den Polizeibeamten ist dies unter allen Umständen unzulässig. Denn er darf »demjenigen, gegen welchen die Waffen gebraucht werden müssen, absichtlich keine schwerere Verletzung beibringen, als für den zu erreichenden Zweck unumgänglich notwendig ist«. (Wortlaut der Berliner Dienstanweisung; vgl. S. 4.)

Für den Fall, daß der Gegner nahesteht und gleichfalls bewaffnet ist, empfiehlt Bock ferner (S. 263), nicht erst in Anschlag zu gehen, sondern die Waffe, sowie man sie aus dem Futteral hat, auf den Gegner zu richten und abzufeuern. Jedoch ist die Gefahr des Fehlschießens hierbei eine sehr große. Wer sich nicht auf dem Schießstande sorgfältig eingeübt hat, lasse es lieber bleiben, ebenso wie den bereits auf S. 25 erwähnten Schuß durch die Kleidertasche.

»Eine Gefährdung unbeteiligter Personen ist unbedingt zu vermeiden,« sagt die Berliner Dienstanweisung. Daran denke der Beamte stets und berücksichtige vor allem, daß jeder Fehlschuß eine derartige Gefährdung mit sich bringen kann. Beinahe noch gefährlicher als direkt auftreffende Kugeln sind solche, die von Mauern, vom Straßenpflaster oder auch vom gefrorenen Erdboden abprallen, die sich dann in die unglaublichsten Richtungen verschlagen und das größte Unheil anrichten können. Aus diesem Grunde vermeide man auch nach Möglichkeit Schreckschüsse, die, wie schon bemerkt (S. 15), vielfach verboten sind. Ihre Wirkung ist ohnehin nur selten die erhoffte, häufig dagegen gerade die entgegengesetzte.

e) Feuergefechte im Dunkeln.

Zusammenstöße mit bewaffneten Verbrechern in dunkler Nacht sind stets lebensgefährlich und erfordern nicht nur Mut, sondern auch größte Vorsicht und Ruhe. Unbekanntes Gelände mit Hindernissen, seien es im Freien Busch und Gestrüpp oder in Häusern enge, winklige Räume, macht die Lage noch bedenklicher, und am schlimmsten ist es, wenn die Verbrecher schußbereit in Deckung liegen und die Annäherung des Beamten in aller Ruhe abwarten. Manchmal wird sich dieser darauf beschränken können, sämtliche Auswege zur Flucht abzuschneiden und Verstärkung herbeizurufen. Selbst die Heranziehung der Feuerwehr hat man für derartige Fälle empfohlen, und zu förmlichen Belagerungen ist es verschiedentlich schon gekommen.

In vielen Fällen freilich ist sofortiges Einschreiten geboten. Die erste Regel für jeden, der von Verbrechern besetzte dunkle Räume betreten muß, lautet: Kein Licht in der Hand tragen, da man sonst die schönste Zielscheibe abgibt (vgl. Winans S. 274). Erst vor mehreren Jahren wurde auf diese Weise hier ein Schutzmann von Einbrechern schwer verwundet. Eine elektrische Taschenlampe kann man mit weit seitwärts gestrecktem Arm auf kurze Zeit aufleuchten lassen; ganz ungefährlich ist es aber auch nicht. Daß beim Vordringen im Dunkeln möglichst jedes Geräusch zu vermeiden ist, ist selbstverständlich. Um den Standort des Gegners zu ermitteln, hilft der bekannte Kniff, einen harten Gegenstand von sich zu werfen, so daß er in einiger Entfernung laut niederfällt. Manchmal läßt sich der Gegner täuschen und feuert nach der Richtung des Schalles. Gehen mehrere Beamte von verschiedenen Seiten vor, so müssen sie auch darauf achten, daß sie nicht versehentlich aufeinander feuern. Steht dem Beamten zufällig ein solides Brett, eine Tischplatte, ein festes Eisenblech oder sonst irgend etwas Geeignetes zur Verfügung, so benutze er es beim Vordringen

als Schild. Kein Mensch wird ihm dies als Feigheit auslegen. Die französische Polizei verwendete bekanntlich schon wiederholt besondere Schutzschilde beim Vorgehen gegen bewaffnete Verbrecher; vielleicht rüstet man in Zukunft auch bei uns die Polizeiwachen mit solchen aus. Ihre Herstellung dürfte keine besonderen Schwierigkeiten verursachen.

Zu erwähnen sind noch die verschiedenen Vorschläge und Erfindungen, die ermöglichen sollen, auch im Dunkeln das Ziel sicher zu treffen. Der Vorschlag von Hans Groß, im Halbdunkel mit dem Zeigefinger zu visieren, wurde schon erwähnt (S. 28), bei Repetierpistolen darf er, wie gleichfalls schon bemerkt, keinesfalls versucht werden.

Winans empfiehlt, Korn und Visier mit einer leuchtenden Substanz zu bestreichen, oder wenigstens für die Nachtzeit ein weißes Korn anzuwenden. Noch besser sind die für Jäger vielfach in den Handel gebrachten Nachtzielkörner und Nachtvisierungen, die teils auf der Wirkung von Leuchtsubstanzen, teils auf der von glänzend weiß emaillierten Flächen beruhen. Sie sind zwar für Flinten bestimmt, verschiedene kann der Büchsenmacher indessen auch für Pistolen und Revolver passend machen.

Auch Versuche mit elektrischem Lichte sind schon gemacht worden. In Jahrgang 10 der »Polizei«, 1913 S. 127, ist die Pohl-Dreyse-Pistole beschrieben, bei welcher eine gewöhnliche elektrische Taschenlampe unter dem Lauf der Pistole befestigt ist. Vor mehreren Jahren tauchte ferner eine Leuchtvorrichtung auf, von der man sich viel versprach. Sie bestand in einem auf dem Laufe befestigten Leuchtstabe, der durch einen Ruck der Waffe in Tätigkeit trat. In dem Lichtkreis erschien ein schwarzes Kreuz, das man nur auf das Ziel zu bringen brauchte, um den Haltepunkt zu haben. Leider hatten die Batterien nur eine sehr kurze Brenndauer. Ich habe diese Waffen nie geführt, weil sie mir zu schwer und unhandlich waren. Zurzeit sind sie auch völlig aus dem Handel verschwunden.

Das einfachste Mittel ist immer noch, nach dem Gehör zu feuern. Wie man sich hierauf einüben kann, ist bereits S. 23 erwähnt.

f) Erste Hilfe bei Schußverletzungen.

Die Berliner Dienstanweisung verpflichtet den Beamten nach jeder Anwendung der Waffe, soweit es ohne Gefährdung seiner Person geschehen kann, sich zu überzeugen, ob eine Verletzung stattgefunden hat, und erforderlichenfalls dem Verletzten Beistand zu gewähren. Man wird selbstverständlich versuchen, so schnell wie möglich einen Arzt oder einen Heilgehilfen herbeizurufen. Wo dies nicht möglich ist, muß der Beamte selbst die erste Hilfe leisten. Wer nicht einen regelrechten Samariterkursus durchgemacht hat, sollte sich von einem Sachkundigen wenigstens das Notwendigste zeigen lassen. Zweckmäßig wäre, wenn jeder Polizeibeamte — und auch der in Zivil Dienst tuende — stets ein Verbandpäckchen bei sich führte, etwa, wie der Soldat, in die Kleidung eingenäht. Eine kurze Zusammenstellung der wichtigsten

Regeln findet sich in dem Aufsatze von Hübener »Über die erste Hilfe bei Schußverletzungen und plötzlichen Unfällen« (»Polizei«, Jahrg. 8, 1911, S. 244 ff.). Seinen Ausführungen sei folgendes entnommen. Bei allen Wunden hat der Laie jedes Tupfen, Spülen oder Wischen zu unterlassen und sie lediglich mit keimfreiem Verbandstoff zu bedecken, im Notfalle mit reinen Tüchern, die in keimtötende Flüssigkeiten (Borsäure, essigsaure Tonerde usw.) getaucht sind. Fremdkörper (Tuchfetzen usw.) soll man stecken lassen. Starke Verunreinigungen der Umgebung der Wunde durch Straßenschmutz usw. können entfernt werden, damit sie beim Transport nicht in die Wunde dringen. Die Wunde selbst soll dabei bedeckt sein und von den Rändern nach außen gewischt werden. Bei starken Blutungen ist der Stamm der Schlagader des verletzten Gliedes zu unterbinden. Wie dies zu geschehen hat, muß man sich von einem Sachkundigen erklären lassen. Bei starken Blutungen in den innern Organen — Lunge, Magen usw. — soll ruhiges Lagern mit leicht erhöhtem Oberkörper erfolgen. Zweckmäßig sind nach Hübener kalte Umschläge auf der Herzgegend oder direkt über den verletzten Stellen. Ein Transport ohne Anwesenheit eines Arztes soll möglichst vermieden werden.

g) Töten von verunglückten Tieren.

In Deutschland wird der Polizeibeamte nur selten in die Lage kommen, ein verunglücktes Tier töten zu müssen, da überall Tierschutzvereine oder Abdeckereien in Tätigkeit treten. Immerhin kann bei schweren Verletzungen oder auch zwecks Rettung eines unter dem Tiere liegenden Menschen sofortige Tötung notwendig werden.

Am meisten üblich ist der Schuß seitwärts hinter ein Ohr. Winans (S. 287 ff.) meint, daß es hierbei schwierig sei, die richtige Stelle zu treffen und empfiehlt, bei liegenden Tieren von oben zwischen die Ohren zu schießen oder »in die Stirn« zwischen die Augen, 5 cm über dem Auge, wo das Haar sich kräuselt, wobei die Stirn senkrecht stehen muß. Ob nicht überhaupt statt der Kopfschüsse der Blattschuß des Jägers vorteilhafter ist? Ich konnte hierüber bisher keine Mitteilungen erhalten.

Winans macht schließlich auch hier darauf aufmerksam, daß man sich vor Fehlschüssen hüten müsse, damit das Geschoß nicht vom Straßenpflaster abpralle und Umstehende verletze.

Die freie Beweiswürdigung des Strafrichters.

Ein Beitrag zum Relativismus der Rechtsanwendung.

Von Rechtsanwalt Dr. Ludwig Bendix, Berlin.

Das bürgerliche Recht enthält eine Reihe bekannter Vorschriften, welche die Gerichte berechtigen und verpflichten, bei ihren Entscheidungen bestimmter zivilrechtlicher Konflikte die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr, die Anschauungen sogenannter billig und gerecht denkender Menschen anzuwenden. Es kann nicht aus-



bleiben, daß über die anzuwendenden und angewandten Grundsätze und Anschauungen die Meinungen auseinandergehen, und daß demgemäß die getroffenen Gerichtsentscheidungen anerkannt oder bekämpft werden. Das hier Interessierende ist die Feststellung der immer noch nicht genug beachteten Tatsache, daß die Gerichtsentscheidungen vielfach von außerrechtlichen, rein ethischen, auch rechts-, wirtschafts- und überhaupt politischen Anschauungen und Lebensstimmungen bestimmt und getragen werden und nur durch deren Erkenntnis und rücksichtslose Klarstellung völlig verstanden und »richtig« gewürdigt werden können, daß also die Entscheidung selbst immer nur einen Lösungs*versuch* eines bestimmten sozialen Konfliktes darstellt, der trotz seines für den einzelnen Fall bindenden Charakters sich seine allgemeinere Anerkennung erst erstreiten, *sich* gegen andere Lösungsmöglichkeiten durch die Kraft seiner Gründe und die Stärke seines ethischen und politischen Gehaltes durchsetzen muß. Wenn also auch der rechtskräftige richterliche Spruch einen bestimmten Fall endgültig entscheidet, so ist doch der übliche, fast automatisch vollzogene Schluß von der formellen Unabänderlichkeit der Gerichtsentscheidung auf das danach entschiedene materielle Recht oder Unrecht der betreffenden Partei nicht zwingend. Die formelle Geltung und die innere Unterwerfung, die formelle und die sachliche Autorität des Richterspruchs sind zwei ganz verschiedene, durchaus nicht immer zusammentreffende Dinge, die vielfach gerade dann auseinanderfallen, wenn, wie so häufig, unausgesprochene ethische oder wirtschaftspolitische Ansichten die Entscheidungen tragen. Die Entscheidungen der bürgerlichen Rechtspflege sind eben häufig letzten Endes keine Rechts-, sondern Moralsprüche, das Tribunal ist vielfach eine moralische Anstalt.

Wenn die Freirechtsschule diese Entwicklung der neueren Zeit freudig begrüßt und zu hoher Blüte emporgelobt hat, so ist anscheinend bei einer solchen grundsätzlichen Abkehr von jedem Positivismus nicht beachtet, daß der Geist ethischer und wirtschaftspolitischer Beurteilung rechtlicher Konflikte bei der Gesetzesanwendung auch in die Strafrechtspflege seinen Einzug halten und aus der zu unterstellenden ethischen und wirtschaftspolitischen Verwerflichkeit des inkriminierten Tuns *ohne weiteres* kraft freier richterlicher Beweiswürdigung auf den Vorsatz und den strafrechtlich festzustellenden Tatbestand schließen könne. Caveant consules. Hier liegt eine Gefahr, auf die einmal die Aufmerksamkeit gelenkt werden muß.

Ist die erörterte Schlußfolgerung im bürgerlichen Recht auf dem Gebiete des Vertragsrechts gesetzlich vorgesehen, so kennt das Strafrecht ein solches Verfahren, von der Verwerflichkeit des Tuns oder des Erfolges auf den Willen des Täters zu schließen, grundsätzlich nicht. Das Strafgesetz berücksichtigt Gesinnung und Schaden nur bei Festsetzung des Strafrahmens, bei Feststellung des Tatbestandes aber nicht. Ein »moralischer Lump«, der in gewissenloser, verächtlicher Weise die Große Berliner Straßenbahn zur Hergabe einer Freikarte durch die ihr bekannte ungewisse Aussicht bestimmt, für Erhöhung der Fahrpreise seinen wirklich vorhandenen Einfluß einzusetzen, ist *deshalb* noch

kein Betrüger, ein Ehrenmann dagegen, der auf der elektrischen Straßenbahn seine Abonnementskarte mißbraucht, um eine auch nur kurze Strecke zu fahren, wo sie nicht gilt, macht sich des Betruges schuldig. Bei Feststellung der Tatsachen in der Hauptverhandlung ist das Strafgericht bei Bestreiten des Angeklagten vor eine schwierige, die Entscheidung tragende Frage gestellt: es kann aus der verächtlichen Gesinnung des Freikartenempfängers auf den Betrugsvorsatz, also darauf schliesen, daß dieser gar nicht den Willen zu der versprochenen Gegenleistung hatte, und das Versprechen, ohne einen solchen Willen, also wahrheitswidrig, d. i. betrügerisch, abgab, bloß um die Freikarte zu erhalten; es kann aber ebensogut das letzte verneinen und dem Angeklagten — etwa einem Stadtverordneten oder einem Freunde und Parteigenossen vom Stadtverordneten — glauben, wenn er sagt, er habe in der Tat mit seinen einflußreichen Freunden verhandeln wollen, sei aber bisher nicht dazugekommen. Und in dem andern Beispiel kann das Strafgericht dem Ehrenmanne glauben, wenn er sich verteidigt, er sei so in Sinnen gewesen, er hätte gar nicht gemerkt, daß der Wagen auf einer Strecke fahre, wo seine Karte nicht gelte, die Geringfügigkeit des Vorteils schließe seinen bösen Willen doch aus; es kann aber auch gerade bei einem Ehrenmanne annehmen, daß die Geringfügigkeit ihn verlockt und schwach gemacht habe, und daß er als angesehener Mann sorgfältig und gewissenhaft zu handeln pflege und deshalb auch hier genau gewußt habe, daß er etwas Unzulässiges tue, daß er also betrügerisch gehandelt habe [1]).

Und nun ein Wort zum Strafmaß, wenn einmal die Schuldfrage in den beiden Fällen, wie dargelegt, bejaht worden ist. Beide Täter seien nicht vorbestraft. Dann kann beide Male eine verhältnismäßig exemplarische Strafe damit begründet werden, daß dadurch eine auftauchende verbrecherische Neigung im Keime erstickt und ein abschreckendes Beispiel statuiert werden müsse, wie ebenso in beiden Fällen eine milde Strafe deshalb verhängt werden kann, weil von ihr bereits eine abschreckende Wirkung bei der Persönlichkeit der Täter und ihrer bisherigen Unbescholtenheit erwartet würde, und sie mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des herbeigeführten Schadens eine ausreichende Sühne sei. Das energische, bis zuletzt durchhaltende Bestreiten des Täters wird von dem einen Gericht als erschwerender Umstand zur Erhöhung des Strafmaßes verwendet, weil es darin eine Hartnäckigkeit der bösen Gesinnung erblickt, während das andere deshalb eine mildere Strafe verhängt, weil es dadurch schwankend wird, mit der entfernten Möglichkeit der Nichttäterschaft doch rechnet, aus Gründen des öffentlichen Interesses aber nicht freisprechen kann und mag und glaubt, so auch den persönlichen Interessen des für schuldig gehaltenen, aber vielleicht doch unschuldigen Angeklagten gerecht zu werden.

Wo liegt das Kriterium für die Entscheidung zwischen diesen sich einander ausschließenden Möglichkeiten der Beurteilung bestrittener Tatsachen und festgestellter Tatbestände?

---

[1]) Vgl. des Verfassers: Das Problem des Rechtssicherheit, S. 21ff. Berlin 1914.



II.

Die einfachste Antwort auf die zuletzt aufgeworfene, jeden Juristen beunruhigende Frage ist die Verneinung, also die Ansicht, daß es ein solches Kriterium überhaupt nicht gebe, daß vielmehr die Persönlichkeit der entscheidenden Richter[2]) allein den Ausschlag gebe, und daß das Schicksal der Angeklagten dem Zufall insofern preisgegeben sei, als es abhängig ist von der Persönlichkeit des Richters, vor dem ihre Tat nach der Geschäftsordnung des Gerichts gerade abzuurteilen ist. Wird diese unter den Praktikern weitverbreitete Ansicht einmal als wahr unterstellt, so läßt sie die in der Praxis und Theorie viel zu wenig gewürdigte außerordentliche Bedeutung der Geschäftsverteilung und Auswahl der Richterpersönlichkeiten erkennen und die Frage auftauchen, ob denn die in dem Gerichtsverfassungsgesetz hierfür getroffenen Bestimmungen dem der Ansicht entsprechenden Sachverhalte gerecht werden. Nach diesen Vorschriften wird grundsätzlich unter den Persönlichkeiten der gelehrten und ungelehrten Richter, die zum Richteramt befähigt sind, kein Unterschied gemacht, und die Berufung zur strafrichterlichen Tätigkeit nach ganz äußerlichen Gesichtspunkten vorgenommen (§§ 36ff., 62ff., 85ff. GVG.). Wenn es nun, wie hier unterstellt wird, richtig ist, daß die Entscheidung eines Straffalles und die Bemessung des Strafmaßes von der Persönlichkeit des Richters und seinem Verständnis der Straftat und des Täters abhängig ist, so wird einem solchen Sachverhalt die schematische unpersönliche Geschäftsverteilung in keiner Weise gerecht. Sie ist seinerzeit offenbar aus Mißtrauen gegen die Justizverwaltung zum Schutze des Angeklagten eingeführt worden, um die Möglichkeit auszuschließen, daß diese bestimmte Straffälle — man hat wohl hauptsächlich an solche politischer Art gedacht; es gehören aber auch solche Fälle hierher, bei denen die Justizverwaltung aus besonderen Gründen, zum Beispiel weil der Angeklagte eine vieljährige Untersuchungshaft zu erdulden hatte, ein Interesse an der Verurteilung haben kann — vor bestimmte, von ihr gerade zu ihrer Aburteilung ausgesuchte Richter bringe, eine Möglichkeit, der durch § 62 Abs. 2 GVG. übrigens Tür und Tor geöffnet ist. Der Angeklagte sollte eine Gewähr haben, daß er von seinem ordentlichen Richter abgeurteilt werde, d. i. von dem nach der Geschäftsverteilung ein für allemal bestimmten, und nicht von einem Richter, den die Justizverwaltung gerade für seine Aburteilung hätte aussuchen können nach Gesichtspunkten, die nicht in der Sache, sondern in von ihr verfolgten, ihm ungünstigen Interessen gelegen wären. Diese gesetzgeberischen Ziele sind in ihrem bestimmte Möglichkeiten ausschließenden Charakter zweifellos berechtigt, werden aber dem hier erörterten Sachverhalte nicht gerecht, daß der Angeklagte ein berechtigtes Interesse daran hat, vor einen Richter zu gelangen, der seine Tat und Person menschlich und sozial am besten versteht und beurteilen kann, und nicht vor einen Richter, der ihm nach *seiner* Persönlichkeit weltenfern gegenübersteht, weil er mit seinen Anschauungen und Werturteilen in

---

[2]) Vgl. Rumpf, Der Strafrichter, Bd. I, S. 174ff.

einer ganz anderen Welt lebt als der Angeklagte, und deshalb von vornherein geneigt und innerlich gezwungen ist, die Tat nach seiner wesensfremden Art zu beurteilen und umzudeuten und Feststellungen zu treffen, die seiner Welt und Weltanschauung entstammen, und deshalb nicht der des Angeklagten gerecht werden und werden können. Hier liegt die Quelle dafür, daß vielfach Strafurteil und Strafmaß Befremden erregen, am meisten gerade dann, wenn das Strafgericht bei seiner Entscheidung von einer bestimmten, nach seiner Meinung hohen ethischen Überzeugung getragen wird und glaubt, in seiner Art den von ihm zu wahrenden öffentlichen Interessen am besten zu dienen. In diesen Fällen, in denen das Strafgericht sich als moralische Anstalt fühlt und in einem solchen erhebenden Gefühl seines Amtes waltet, sind die berechtigten Interessen des Angeklagten am meisten gefährdet; hier liegt häufig eine das Verständnis der Tat aufhebende Wesensfremdheit zwischen Gericht und Angeklagten zugrunde, welche die Forderung wach werden läßt, daß der Angeklagte ein Recht erhalten müßte, von Richtern abgeurteilt zu werden, die ihm, dem Prozeßstoff und den darin verstrickten Beweismitteln nicht wesensfremd, sondern wesensverwandt sind.

Ich wage den Satz — und denke dabei an den vorbildlichen Richter, der meine Ausbildung in der Voruntersuchungsstation geleitet hat und ernsthaft zu sagen liebte: »es sei doch nur ein Zufall, wenn er das Amt des Richters und nicht die Stellung des Angeschuldigten habe, wenn er an dieser Seite des Richtertisches und nicht sich selbst gegenüber sitze« —: wer nicht selbst in seiner Seele die Möglichkeit des abzuurteilenden Deliktes besitzt und die Tat in sich selbst als möglich reproduzieren kann, wer also nicht wesensverwandt ist oder gar von vornherein sich als Tugendwächter und Sittenrichter fühlt (»ich bin gottlob recht tugendlich«), als Wahrer der Staatsautorität und Rächer des Unrechts, ist in einem solchen Falle zum Strafrichter ungeeignet. Denn bei ihm besteht die Neigung und damit auch die Gefahr, daß er aus seiner tugendlichen und staatsautoritativen Gesinnung heraus der Wahrheit zuwider Feststellungen trifft. Gegen einen solchen Richter muß der Angeklagte einen Schutz erhalten. Und den kann er nur durch Einräumung des hier geforderten Rechts erhalten.

Für die Gestaltung des Rechts im einzelnen bieten sich verschiedene Möglichkeiten. Zunächst kann man an eine Erweiterung des Ablehnungsrechts denken, etwa derart, daß in dem vorliegenden Falle ein absoluter Ablehnungsgrund gelegen ist, der auch und gerade noch nach Verlesung des Eröffnungsbeschlusses geltend gemacht werden kann, wenn und weil ja erst während der Beweisaufnahme die Wesensfremdheit des Gerichts[8]) zutage tritt. Eine solche Ablehnung kann und darf aber nur einmal geltend gemacht werden. Ein solches Ablehnungsrecht müßte insbesondere dann gegeben sein, wenn das Gericht nach § 62

[8]) Vgl. das tiefdringende Wort Diltheys: »Auch das Verstehen ist von dem Maß der Sympathie abhängig, und ganz unsympathische Menschen verstehen wir überhaupt nicht mehr.« (Siehe auch die Anm. auf S. 45 des in Anm. 1 zitierten Werkes.)

Abs. 2 GVG. zusammengesetzt ist, und der Angeklagte die Besorgnis hat, daß die Zusammensetzung mit Rücksicht auf seine Sache erfolgt sein könne. Die Ausübung dieses Rechtes müßte ausschließlich in die Hände der Verteidigung gelegt werden, damit kein Mißbrauch mit ihm getrieben werde.

Ein anderer Weg ist der, daß der Angeklagte, ähnlich wie beim Schwurgericht, berechtigt sein soll, unter der vielleicht dreifachen, ihm namhaft zu machenden Anzahl von Richtern »seine« Richter zu wählen.

Schließlich kommt auch in Betracht, daß der Angeklagte nach Erlaß des Urteils Schuldspruch und Strafmaß von einer andern höheren Instanz daraufhin nachprüfen lassen könne, ob beides nicht auf einer Wesensfremdheit des Gerichts beruhe und deshalb seiner Tat und Persönlichkeit nicht gerecht geworden sei. Das würde auch in Betracht kommen, wenn die neue, dringend zu wünschende Strafprozeßordnung eine zweite Tatinstanz eingeführt haben sollte. Diese höhere Instanz, die auch Begnadigungsfunktionen haben müßte, wäre aus den besten und tüchtigsten Richtern zusammenzusetzen.

Die hier aufgestellte Forderung bedarf noch einer allgemeineren Begründung, die aus der Stellung und Aufgabe des Strafgerichts folgt. Es hat allgemeine, öffentliche Interessen zu verfolgen und ihnen im Konflikt mit den Einzelinteressen grundsätzlich den Vorzug zu geben. Der Grundsatz: In dubio pro reo führt in seiner Überspannung zur Lahmlegung der Strafrechtspflege. Denn im Bestreitungsfalle des Angeklagten ist sehr häufig eine Überführung ausgeschlossen, wenn das Strafgericht sich nicht entschließt, die dann fast immer vorhandenen Lücken im Tatbestand nach seiner freien Überzeugung zuungunsten des Angeklagten auszufüllen. Ist nun die Tat mit ihren schädlichen Folgen verwerflich, und die Persönlichkeit des Täters unsympathisch, schlecht beleumundet und derart, daß ihr die Tat »zuzutrauen« ist, so erscheint die Verurteilung als im öffentlichen Interesse gelegen, weil das darin zum Ausdruck gebrachte Werturteil dem Täter anhaftet und ihn so schädigt, daß sein späteres Fortkommen und die Wiederholung seines schädlich gewesenen Tuns erschwert wird. Diese wünschenswert erscheinende Verurteilung führt dann zu Feststellungen, die sie rechtfertigen. Und wünschenswert ist die Verurteilung aus den erwähnten sozialen Gründen. Wird so das Strafgericht nicht ohne Berechtigung zur moralischen Anstalt, so darf und soll der Angeklagte doch nicht zum Opfer seiner moralischen Beurteilung werden, so hat er doch einen anzuerkennenden Anspruch darauf, daß selbst die moralische und soziale Verwerflichkeit seines Tuns nicht der Wahrheit zuwider strafrechtlich umgedeutet wird, und so die Verletzung des Strafgesetzes aus letzten Endes rechtspolitischen Gründen durch Feststellung unrichtiger Tatsachen konstruiert wird. Die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil sind aber, wenn nicht absolut eindeutige Beweise vorliegen, insofern immer Konstruktion, als sie allein das Bild wiedergeben sollen und können, das sich das Strafgericht von dem Sachverhalt nach dem Inbegriff der Beweisaufnahme unter selbständiger Ausfüllung der Lücken des Tatbestandes

gemacht hat, und das vielfach mit den dem Angeklagten letzten Endes allein bekannten Tatsachen (man denke an seinen Vorsatz) nicht übereinstimmt, das ihn häufig vollständig überrascht und wegen der wirklichen, von ihm erlebten Unrichtigkeit der ihm ungünstigen Feststellungen sittlich entrüstet und in seiner Ohnmacht verzweifeln läßt, wenn es ihn nicht zu einem grundsätzlichen und lebenslänglichen Kampfe mit den Gerichten bestimmt, die ihm nach seiner ehrlichen Überzeugung Unrecht getan haben.

Ein gewissenhafter und selbstkritischer Strafrichter, der die psychologisch gezogenen Grenzen seiner Tätigkeit kennt, wird die Tragik seiner tatsächlichen Feststellungen und ihrer sozialen Notwendigkeit erleben, ihm wird es zum Bewußtsein kommen, daß die innere Notwendigkeit seiner Urteilsbildung von überindividuellen Gesichtspunkten bestimmt wird und werden muß, und daß deren Anwendung zu einer Vergewaltigung der Tatsachen und des Täters führen kann und in vielen Fällen auch führt, daß seine tatsächlichen Feststellungen vielleicht kein getreues, sondern nur ein durch seine Persönlichkeit bestimmtes und deshalb verzerrtes Abbild des wahren Sachverhaltes seien.

Wir stoßen hier auf eine häufig erlebte, aber, soweit ich sehe, bisher niemals klar ausgesprochene echte Antinomie, also eine unauflösbare Gegensätzlichkeit im juristischen Denken, eine Gegensätzlichkeit, die ganz besonders dem Verteidiger als Vertrauensmann des Angeklagten zum erschütternden Erlebnis werden kann. Denn er, dem sich der Angeklagte offenbart, hat Gelegenheit, den Sachverhalt vom Standpunkt des Täters kennen zu lernen und ihn mit dem Bilde zu vergleichen, das im Urteil des Gerichts entworfen wird. Er kann und wird wahrnehmen, wie das Gericht, von seiner Auffassung und öffentlichen Aufgabe erfüllt, in seiner eigenen sicheren Überzeugung die beste Gewähr und den höchsten Schutz des Angeklagten erblickt, wie es aus der inneren Gewißheit seiner Überzeugung heraus optima mente die Verteidigung beschränkt, indem es zum Beispiel bei einer mehrwöchentlichen Verhandlung unter meines Erachtens mißverständlicher Anwendung der Entscheidung des RG. in Strafs., Bd. 44, S. 54 das Protokoll erst nach Schluß der Verhandlung abschließt, um den Antrag des Angeklagten auf Erteilung von Abschriften der verkündeten Beschlüsse irrevisibel zurückweisen zu können. Der Verteidiger kann und wird wahrnehmen, wie das Gericht gar in seiner bereits gefaßten Überzeugung die umfangreichen Beweisanträge der Verteidigung als sicher ergebnislos unterstellt und zurückweist mit der reichsgerichtssicheren Begründung, sie seien nicht ernsthaft gemeint und entstammten der Absicht, zu verschleppen, eine Begründung, die als äußerstes Auskunftsmittel gegeben zu werden pflegt, um weitere, nach der bereits feststehenden spruchbereiten Überzeugung des Gerichts nicht mehr in Betracht kommende Beweisanträge zurückweisen und die Sache abschließen zu können, und die doch schließlich Gefahr läuft, vom Reichsgericht nicht beachtet zu werden, wenn und weil es eine solche, die fremde Überzeugung nicht ernst nehmende Begründung als rein formell vorgeschobene Scheinbegründung erkennt und deshalb nicht für ernsthaft

und ausreichend hält. Eine so begründete Ablehnung von Beweisanträgen der Verteidigung sollte und müßte gesetzlich ausgeschlossen werden, weil sie das für die Führung der Verteidigung notwendige Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem Gericht aufhebt, beide zu Gegnern macht und schließlich doch auf einem Mangel an Verständnis für eine fremde Überzeugung und die von ihr vertretene, vom Gericht nicht geteilte Deutungsmöglichkeit beruht, ein Mangel, der schließlich wieder mit seinem Sich-Verschließen gegen eine abweichende Ansicht die Besorgnis der Befangenheit wachruft.

Die hier aufgedeckte Antinomie zwischen dem wirklichen Tatbestand und der durch das Medium des Gerichts gegangenen tatsächlichen Feststellung wird vielleicht durch eine historische Betrachtung besser verständlich. Wir sind gewöhnt, es als eine besondere Errungenschaft der »modernen« Strafrechtspflege anzusehen, daß wir Folter, Hexenprozesse und Inquisition in ihr nicht mehr kennen. So wird wenigstens allgemein angenommen. Ich wage den Satz: Die »moderne« tatsächliche Feststellung, die sich auf der richterlichen Überzeugung gründet, ist das »moderne« prozeßtechnische Mittel, das **der Art nach**, wenn auch dem Grade nach erheblich verfeinert und vergeistigt, den körperlichen Zwangsmitteln des für überwunden gehaltenen früheren Strafprozesses völlig gleichsteht. Diese einer gröberen geistigen und körperlichen Verfassung entsprechenden Mittel zur Erforschung der Wahrheit gingen von einer ganz gesunden, später noch näher zu erörternden Idee aus, daß nämlich letzten Endes nur das Geständnis des Täters die Gewißheit der Täterschaft verschaffen könne. Der moderne Strafprozeß hat nun die Zwangsmittel zur Herbeiführung einer sicheren Grundlage für die tatsächliche Feststellung der Täterschaft beseitigt; mit der Beseitigung des zwangsweise herbeizuführenden Geständnisses war aber zunächst der Möglichkeit einer die Strafe rechtfertigenden, sicheren tatsächlichen Feststellung der Boden entzogen. Hier trat nun das »moderne« prozeßtechnische Mittel in die Bresche: die freie richterliche Überzeugung. Wenn früher die richterliche Überzeugung nicht eher zur Ruhe kam, als bis derjenige, der für den Täter gehalten wurde, ein Geständnis ablegte, so ist jetzt an die Stelle der Zwangsmittel die Fiktion getreten, daß die tatsächliche Feststellung des Strafrichters die Wirklichkeit erschöpfend und richtig wiedergebe, daß ein Geständnis des Täters durch die »objektive« Feststellung völlig ersetzt werden könne und werde, daß die letzte das leisten könne und leiste, was das durch Zwangsmittel herbeigeführte Geständnis früher geleistet hat: die ruhige Zuversicht, welche eine zweifelsfreie, einwandfreie Feststellung der Tat allein gewähren kann, im Gegensatz zu den Gewissensnöten und rechtspolitischen Sorgen, die durch grundsätzliche Zweifel an der Richtigkeit tatsächlicher Feststellungen im Strafurteil verursacht werden müssen und werden. Der frühere wie jetzige Strafprozeß wird von dem gleichen rationalistischen Glauben getragen, daß es nur eine einzige richtige Beurteilung eines Straffalles gebe, und daß die eingesetzten Strafgerichte in ihren Entscheidungen diese Beurteilung finden

und ihr durch sie Geltung verschaffen. Dieser Glaube ist irrig, seine für selbstverständlich gehaltene Voraussetzung ist eine Fiktion, und die Selbstverständlichkeit, mit der die Fiktion ihre noch allgemein anerkannte Herrschaft ausübt, verschafft den Gerichtsentscheidungen eine äußere Autorität, die sie als solche zu Unrecht beanspruchen und sich erst durch die innere Überzeugungskraft ihrer Gründe, den sittlichen Gehalt ihrer Lebensstimmung und die Redlichkeit der in einem geordneten Verfahren sich offenbarenden Rechtsfindung verdienen müssen.

Dem rationalistischen Irrglauben an *eine* richtige Lösungsmöglichkeit tritt der hier wohl zum erstenmal deutlich ausgesprochene, in der Irrationalität des Menschen gelegene und auf der Beschränktheit der menschlichen Erkenntnismittel beruhende unauflösliche Gegensatz zwischen dem mangels eines Geständnisses grundsätzlich mehrdeutigen Willen des Täters und der schließlich notwendigen Bestimmtheit seiner Deutung in der tatsächlichen Feststellung des Gerichts gegenüber, wobei unberücksichtigt bleibt, daß auch das Geständnis unwahr und deshalb mehrdeutig sein kann. Die überlieferte herrschende Ansicht stellt sich eben zu Unrecht nicht in den Fluß der Dinge; sie urteilt vom Standpunkt der *richtig entschiedenen* Sache und enthält deshalb eine petitio principii. Der hier vertretene Standpunkt ist aber der der unentschiedenen, zu entscheidenden Sache und gründet sich auf die Fragestellung, ob und wie die Erkenntnis eines in der Hauptverhandlung ausgebreiteten Prozeßstoffes von Urkunden, Zeugen-, Sachverständigen- und Angeklagtenaussagen möglich ist, ob hier grundsätzlich eine einzige oder mehrere Deutungsmöglichkeiten gegeben sind, und ob dann die schließlich getroffene Entscheidung die ursprünglich vorhanden gewesene Mehrzahl der Deutungsmöglichkeiten durch ihre bestimmte Lösung, die nach der Überlieferung immer als einzig mögliche und ausschließlich richtige autoritativ vorgetragen wird, aufhebt und zu der so heiß ersehnten Einzahl zurückführt.

Die Antwort auf die hier aufgeworfene Frage kann nach allem Gesagten nicht zweifelhaft sein. Die Mehrzahl der Deutungsmöglichkeiten bleibt auch nach der getroffenen, *eine* Möglichkeit auswählenden Gerichtentscheidung grundsätzlich bestehen. Ist die Entscheidung dem Angeklagten ungünstig, und entspricht die gewählte Deutungsmöglichkeit dem wirklichen Sachverhalt nicht, wie er vielfach nur dem Angeklagten bekannt ist, dann wird dieser in der Tat zum Opfer der Strafrechtspflege, dann wird er für eine Tat bestraft, die er überhaupt gar nicht oder nicht so begangen hat, wie sie abgeurteilt ist. Dieser Sachverhalt kann natürlich auch zu seinen Gunsten ausschlagen und scheint mir die oben aufgestellten Forderungen zum Schutze des Angeklagten in vollem Umfange zu rechtfertigen.

Die »richtige« Einschätzung der dargelegten irrationalen Bestandteile der Gerichtsentscheidungen und der grundsätzlich gegebenen Mehrzahl von Deutungsmöglichkeiten eines bestimmten Tatbestandes zwingt weiter dazu, eine entsprechende Vorbildung des Richters, die sorgfältigste Auswahl der Strafrichterpersönlichkeiten und eine Erweiterung und zuverlässigere Gestaltung der Begnadigung zu fordern; diese muß

insbesondere den abhängigen staatsanwaltlichen Beamten entzogen und in die Hände unabhängiger Richter, und zwar der erfahrensten und geläutertsten gelegt werden. Schließlich gehört hierher auch die Forderung, daß das Gericht durch die Begründung seiner Entscheidung nicht Angeklagte und Verteidigung überraschen darf, sondern schon vorher durch seine Beschlüsse seinen Standpunkt erkennbar machen muß, übrigens eine Forderung, die von den besten Vorsitzenden ohne solche Beschlüsse praeter legem schon jetzt erfüllt wird.

III.

Oben ist die zurückgestellte und doch immer lebendige Frage aufgeworfen worden, ob es denn wirklich kein Kriterium für die Richtigkeit einer von den verschiedenen Deutungsmöglichkeiten gebe. Ein solches Kriterium ist schon als Einschränkung der letzten Ausführungen wiederholt gestreift worden: das Geständnis des Angeklagten. Die strafgerichtliche Feststellung zielt letzten Endes auf seinen inneren Seelenzustand hin. Und eine zweifelsfreie Gewißheit über diesen vermag in der Tat schließlich nur das glaubwürdige Geständnis zu geben. Daher denn auch begreiflicherweise das heiße Bemühen der Gerichtsvorsitzenden, eine geständliche Erklärung des Angeklagten herbeizuführen, ein Bemühen, das aus dem tiefsten Innern kommt und dahin führen kann, eine Erklärung, die gar kein Geständnis ist, als solches im Zusammenhang der Deutung des Gerichts aufzufassen.

Unter Geständnis ist die bis zuletzt nicht widerrufene Erklärung des Angeklagten in der Hauptverhandlung zu verstehen, durch welche er diejenigen Tatsachen zugibt, welche die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale enthalten. Wenn also diese Tatsachen durch eine solche Erklärung feststehen, so kann im einzelnen Falle noch zweifelhaft sein, ob aus ihnen wirklich die genannten Merkmale zu folgern sind. Denn das Geständnis kann sich begrifflich nicht auf die rechtliche Beurteilung erstrecken, welche das Gericht schließlich selbständig vorzunehmen hat, so daß also trotz des Geständnisses für die Einordnung der zugestandenen Tatsachen unter die Strafrechtsnorm grundsätzlich noch verschiedene Möglichkeiten offen bleiben. Wenn zum Beispiel ein Angeklagter die Unrichtigkeit einer seinem Geldgeber mitgeteilten Tatsache zugibt, so folgt daraus noch nicht, daß dieser durch die Täuschung, die der Angeklagte als Geschäftskniff bezeichnet, zur Hergabe des Geldes bestimmt werden sollte, konnte oder worden ist; die gesetzlich erforderliche Kausalität zwischen der Täuschungshandlung und der Vermögensbeschädigung gehört zum objektiven, vom Angeklagten im gewissen Sinne unabhängigen Tatbestande und kann ebensowenig wie die Schädigung selbst »zugegeben« werden, muß vielmehr immer selbständig nachgeprüft und festgestellt werden. Von einem Geständnis kann also nur beim subjektiven Tatbestande die Rede sein, was in der Praxis vielfach nicht genügend beachtet wird, weil sie geneigt ist, von ihm ohne weiteres, aber zu Unrecht auf den objektiven Tatbestand zu schließen. Auch der zugegebene subjektive Tatbestand bedarf natürlich unter dem Gesichtspunkte des § 51 ff. StGB. der Nachprüfung.

Die Glaubwürdigkeit des Geständnisses wird im Regelfalle keinen Zweifeln ausgesetzt sein, weil eben die Fälle außerordentlich selten sind, in denen ein Geständnis der Tat ohne wirkliche Täterschaft abgelegt wird. Größere Schwierigkeiten dagegen macht das teilweise abgegebene Geständnis, wie es bei Mittätern häufiger vorkommt. Hier gelten die bisherigen grundsätzlichen Erörterungen über die Mehrzahl der Deutungsmöglichkeiten. Diese Mehrzahl selbst ist natürlich nicht unbeschränkt; sie hat es regelmäßig mit der Ziffer 2 zu tun und pendelt zwischen der Alternative schuldig oder nichtschuldig, freilich mit den tausend Nuancen, die in diesen beiden Möglichkeiten gegeben sind und regelmäßig auf das Strafmaß einwirken.

Dieser Kampf um schuldig oder nichtschuldig in der Überzeugung des Gerichts wird durch seinen Spruch immer nur äußerlich entschieden, wenn nicht ein »volles, umfassendes, reumütiges« Geständnis in Verbindung mit zweifelsfrei erwiesenen Tatsachen des objektiven Tatbestandes alle Möglichkeiten tatsächlicher und rechtlicher Beurteilung einwandfrei ins Klare stellt. Wann aber kann, das ist die Frage, eine Tatsache als zweifelsfrei erwiesen, wann ein erwiesener Tatbestand als unbedenklich unter das Strafgesetz fallend angesehen werden? Ist dies überhaupt möglich? Mit dieser nie zur Ruhe kommenden Fragestellung wird der Mittelpunkt aller bisherigen Erörterungen erreicht und das Zentralproblem jeder historischen Forschung aufgeworfen. Denn auch die Ermittlung eines strafrechtlichen Tatbestandes ist Erforschung eines historischen Vorganges; wie dieser in einen geschichtlichen Zusammenhang, so ist jener in einen strafrechtlichen Zusammenhang einzuordnen.

Nun sind einzelne Tatsachen der äußeren Natur, wie Regenfall, Sonnenschein, Frost, auch Fingerabdrücke, Blutspuren, am Tatort gefundene Gegenstände und ihre durch Augenschein erkennbare Beschaffenheit, der Inhalt von vorgelegten Schriftstücken mit einer zweifelsfreien Sicherheit feststellbar. Aber alle nicht in die Gegenwart der Hauptverhandlung unverändert durch Zeit, Ort und Raum hinüberzurettenden Tatsachen, also alle die, welche unwiderbringlich der Vergangenheit angehören und nur durch notwendig immer zweifelhafte und auslegungsbedürftige Beweismittel, wie Zeugen, Sachverständige und ihre Wahrnehmungen und Meinungen, aus ihr herausgeholt und zu einer gedanklichen Reproduktion im Kopfe der Prozeßbeteiligten verwertet werden können und müssen, sind grundsätzlich ebenso mehrdeutig, wie die Handlungen der Menschen und das geschichtliche Leben überhaupt, von dem die Strafrechtsfälle ja einen Teil bilden. Mögen immerhin die — ich möchte sie naturgeschichtlichen nennen — von allen Beteiligten in gleicher Weise zu reproduzierenden Tatsachen eine große Bedeutung für die Begrenzung der verschiedenen Deutungsmöglichkeiten haben. Diese mehrdeutigen Tatsachen menschlicher Wahrnehmungen, Meinungen und Handlungen bilden aber schließlich den eigentlichen Prozeßstoff der Strafrechtsfindung und haben notwendig den unzerstörbaren und unaufhebbaren Charakter alles geschichtlichen Lebens an sich, nämlich den der Mehrdeutigkeit.

Was hier von den mehrdeutigen Tatsachen gesagt wird, gilt in

gleicher Weise von ihrer Einordnung unter den Rechtssatz. Hier kommt noch eine weitere Schwierigkeit hinzu, weil auch bereits die Auslegung des Rechtssatzes bestritten sein kann, vielfach ist und gerade häufig von einer grundsätzlichen Stellungnahme zu den letzten und höchsten Fragen des Strafrechts und des Rechts überhaupt abhängt. Wird von dieser Quelle verschiedener Entscheidungsmöglichkeiten abgesehen, so ist die Einordnung einer bestimmten Tatsache unter ein Tatbestandsmerkmal und einer bestimmten Tat unter die einmal als eindeutig zu unterstellende Strafrechtsnorm keine, wie vielfach angenommen wird, einfach logisch gegebene und logisch vollziehbare Subsumtionsaufgabe. Das ist die unrichtige, häufig unheilvolle Auffassung der herrschenden rationalistischen Betrachtungsweise, die den Automatensatz: Da mihi facta, dabo tibi jus zur Devise hat. Der Jurist ist aber gar keine logisch arbeitende Subsumtionsmaschine, er ist ein lebendiger Mensch, der mit seiner ganzen Persönlichkeit, zu der natürlich die juristische Schulung gehört, den Prozeßstoff ergreift, mit ihm in ständiger hin und her befruchtender Wechselbeziehung sich auseinandersetzt, die Tatsachen an den Tatbestandsmerkmalen, diese an jenen mißt und beide in einem beständigen Hin und Her der Vorstellungsverbindungen durch Bejahung oder Verneinung zu einer gedanklichen Einheit verschmilzt. Dieser geistige Schmelzvorgang ist nur dadurch möglich, daß den Tatsachen oder den Merkmalen Gewalt, ja beiden Gewalt angetan wird, weil eine vollständige, erschöpfende Aufnahme der Wirklichkeit in die Gedankenwelt unmöglich ist, weil die Aufnahme in die Idee, in den geforderten logischen Zusammenhang nur durch Fortlassung des für unwesentlich Gehaltenen und durch Ergänzung des für lückenhaft Gehaltenen möglich ist. Diese Fortlassung und diese Ergänzung ist aber die irrationale, letzten Endes nicht weiter ableitbare Tat der Persönlichkeit, die nur aus eigener Erfahrung und Art heraus das Werk vollbringen, die Aufgabe der gedanklichen Nachschöpfung der Tat und ihrer Einordnung in einen strafrechtlichen Zusammenhang lösen kann und bei der Lösung von Zeitstimmungen und -strömungen mitbestimmt wird. Das Strafgericht wird so eine moralische Anstalt und muß es nach den Persönlichkeiten, aus denen es zusammengesetzt ist, mehr oder weniger werden.

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist die Verneinung der aufgeworfenen Frage nach einem allgemein gültigen Kriterium für die Auswahl der erörterten Mehrzahl von Bedeutungs- und Bewertungsmöglichkeiten, oder vielleicht richtiger ihre Beantwortung dahin, daß die verschiedenen Möglichkeiten nicht unzählig viele sind, daß ihre Anzahl beschränkt wird durch die in jedem geschichtlichen Stoff gegebene begrenzte Zahl von Möglichkeiten in Verbindung mit der gleichfalls nur begrenzt möglichen Verschiedenartigkeit von Persönlichkeiten, die sie in sich verkörpern. Das Tragische an dieser im Wesen des Menschen unabänderlich begründeten Sachlage ist die Tatsache, daß, um die historische Wirklichkeit eines Straffalles auszuschöpfen, auch die Deutungsmöglichkeit vertreten werden und durchgeführt sein muß, welche ihr nicht gerecht wird, weil sie erst in rückschauender kritischer Betrachtung bestimmter, bis zu Ende dargestellter Deutungsmöglichkeiten sich selbst

aufhellen und durch die Auseinandersetzung mit verschiedenen Meinungen zur Klarheit und richtigen Erkenntnis gelangen kann; tragisch ist diese Tatsache um deswillen, weil das Schicksal des Angeklagten durch sie in Gefahr gebracht, und er vielfach zu Unrecht vernichtet wird, wenn die unrichtige, ihm ungünstige Deutungsmöglichkeit rechtskräftig entschieden ist.

Eine gewisse Milderung dieses tragischen Sachverhaltes liegt insofern in der Kollegialgerichtsbarkeit, als durch sie die grundsätzlich verschiedenen Deutungsmöglichkeiten ihre Vertreter finden können. Das muß natürlich dann versagen, wenn das Kollegium homogen ist oder, wie häufig, unter der geistigen Herrschaft des Vorsitzenden oder eines energischen und geistig überragenden Beisitzers steht. Die Milderung wird aber auch dadurch wesentlich abgeschwächt, daß das Gesetz die an sich sinnlose Brutalität der Zweidritteile der Stimmen oder der mehr als sieben oder sechs Stimmen (§§ 262 und 307 StPO.) eingeführt und in seiner technischen Ohnmacht und rationalistischen Neigung an die Stelle des doch letzten Endes allein entscheidenden sachlichen Gewichts der Meinungen die rohe Zahl einer bestimmten Mehrheit von Stimmen gesetzt hat, eine Regelung, welche leicht von überzeugungsstarken und energischen Richtern und Geschworenen benutzt wird, um ihre vielleicht unrichtige Meinung zum Siege, d. h. den Angeklagten zur Verurteilung oder auch zur Freisprechung zu bringen.

Nach allen bisherigen Darlegungen dürfen aber die Stimmen nicht gezählt, sondern müssen gewogen werden, und sie können dies erst, wenn die von ihnen vertretene Deutungsmöglichkeit den gesamten Prozeßstoff nach ihren Gesichtspunkten geformt hat. Das aber ist wiederum nur in einer vollständigen schriftlichen Darstellung möglich. Bei der Entscheidung jeden hier allein zur Erörterung stehenden ernsten Straffalles — und ein solcher liegt immer dann vor, wenn das Kollegium sich nicht einig ist oder auch bei Einstimmigkeit im Sinne der Verurteilung Angeklagter und Verteidigung ihren Antrag auf Freispruch mit sachlichen Gründen aufrechterhalten — handelt es sich um die Auseinandersetzung und den Kampf sich widersprechender Überzeugungen und der sie vertretenden, von ihnen ausgefüllten Persönlichkeiten über verschiedenartige Deutungsmöglichkeiten, von denen hier festgestellt worden ist, daß es ein Kriterium für die Richtigkeit einer von ihnen nicht gibt, und daß sie deshalb nebeneinander möglich und, insofern für sie bis zu Ende eingetreten werden kann und wird, auch unwiderlegbar, d. i. berechtigt sind. Sind sie aber unwiderlegbar und berechtigt, dann müssen sie auch — das ist die unabweisbare Folgerung aller bisherigen Ausführungen — in der Entscheidung selbst berücksichtigt werden, dann erscheint eine Entscheidung unmöglich und unzulässig, in der die an sich unbesiegbare Deutungsmöglichkeit entweder als nicht vorhanden behandelt wird, d. h. ganz unerwähnt bleibt oder aber, wie üblich, mit allen Mitteln formaler Logik und mit dem rein formellen, niemals erörterbaren Auskunftsmittel der richterlichen Überzeugung »widerlegt«, d. h. in Wirklichkeit doch nur ohne Überzeugungskraft für die abweichende Beurteilung autoritativ verneint wird.

Gibt es hier de lege ferenda einen Weg für die unbedingt geforderte

Lösung der in dem aufgedeckten Sachverhalt gelegenen Aufgabe? Die Praxis hat den Weg längst gewiesen und ist nur durch das unzureichende geltende Gesetz daran gehindert worden, ihn bis zu Ende zu gehen.

Zunächst ist es auf dem Boden des geltenden Prozeßrechtes bei schwierigeren Strafsachen allgemein üblich, einen Referenten und einen Korreferenten zu bestellen. Dies geschieht in der Regel, wenn nicht immer, ohne besonderen Auftrag in dem falschen überlieferten und rationalistischen Fanatismus der Sachlichkeit, nach dem erwartet wird, daß sich das richtige Bild bei beiden schon einstellen wird, wenn sie nur recht aufmerksam und objektiv der Verhandlung folgen und alle wichtigen Vorgänge fleißig mitschreiben. Als wenn es eine solche, die Wirklichkeit einfach und getreu in sich aufnehmende, dem Spiegel gleichende Objektivität gäbe! Als wenn diese nicht tausendfältig durch die bei der unseligen Aktenführung fast immer einseitige Art der Verhandlungsleitung und die durch sie bestimmte Reproduktion der Vorgänge in der Verhandlung beeinflußt und getrübt würde, von allen in der Persönlichkeit des Richters gelegenen Trübungsquellen zu schweigen! Nein, Referent und Korreferent sollten einen bestimmten Auftrag erhalten. Der eine sollte auf alle den Angeklagten günstigen, der andere auf alle ihm ungünstigen Deutungsmöglichkeiten sein Augenmerk richten, der eine sein Ankläger, der andere sein Verteidiger auf der Richterbank sein, es müßte auf ihr nach einer durchaus zulässigen Anordnung der Justizverwaltung oder des Vorsitzenden einen advocatus diaboli und einen advocatus dei geben, um Vertreter der nach beiden Richtungen gegebenen Deutungsmöglichkeiten beim Gericht selbst zu haben und sie dadurch besser und vollständiger von seinem die überindividuellen Interessen verfolgenden Standpunkt ausschöpfen zu können, einem Standpunkt, der zu Unrecht immer als der einer — grundsätzlich unmöglichen — objektiven und allgemeingültigen Wahrheitserforschung bezeichnet wird. Es erscheint freilich zweifelhaft, ob dieser Weg bei den jetzt judizierenden Richtern der älteren Generation zum Ziele führen kann, insofern sie auf dem bezeichneten unrichtigen Standpunkt stehen. Es lassen sich auch Bedenken nach der Richtung geltend machen, daß doch nicht viel gewonnen sei, wenn die geschichtlich längst von dem Gericht losgelöste und bewährte Rolle des Anklägers und Verteidigers noch einmal in das Gericht hineinverlegt wird, da ja doch alle Richter das Für und Wider ständig gegeneinander abwägen sollen. Wenn dieser Einwand die hier klargestellte Mehrzahl von Deutungsmöglichkeiten und den Gewinn nicht genügend berücksichtigt, welchen ihre Vertretung und die unverbindliche Aussprache im Kollegium für die Rechtsfindung und die Ermittlung der Wahrheit haben kann, so ist ihm doch zuzugeben, daß die Schwierigkeit selbst dadurch nicht gelöst wird, weil dann eben im Kollegium sich stets zwei entgegengesetzte Meinungen diametral gegenüberstehen und grundsätzlich keine Vereinigung zwischen ihnen möglich ist.

Hier vermag eine besondere Erscheinung der Praxis die Richtung zu weisen. Die Prozeßbeteiligten treten bei länger dauernden Strafsachen oder sich häufiger wiederholendem Zusammenwirken bei verschiedenen

Strafsachen in eine gewisse Arbeitsgemeinschaft, die es ermöglicht und dahin drängt, auch außerhalb der offiziellen, durch die Prozeßordnung gegebenen Stellungnahme persönlich Fühlung zu nehmen und eine gewisse Angleichung der Standpunkte durch unverbindliche Besprechungen herbeizuführen. Diese Tatsache verdient Beachtung und gesetzgeberische Ausgestaltung, über deren Einzelheiten natürlich erhebliche Meinungsverschiedenheiten möglich sind. Die Ausgestaltung muß aber der hier vertretenen Mehrzahl von Deutungsmöglichkeiten gerecht werden. Das kann in verschiedener Weise geschehen.

Es bietet sich von selbst der Gedanke eines strafrechtlichen Vergleichs zwischen Anklagebehörde und Verteidigung. Es kommt auch in Betracht, daß die Ansicht der überstimmten Minderheit des Kollegiums im Urteil ihre genaue, gleichberechtigte Darstellung durch den betreffenden Referenten oder Korreferenten finden und bei Verurteilung des Angeklagten zur Herabsetzung des Strafmaßes im Sinne der Minderheit führen müsse, die vielleicht in einem solchen Falle das Strafmaß zu bestimmen hätte. Schließlich wäre es auch bei Einstimmigkeit des Gerichts für die Verurteilung möglich, die von der Verteidigung vertretene und vertretbare Deutungsmöglichkeit des Freispruches bei der Entscheidung zu berücksichtigen, sei es daß dem Angeklagten das Recht vorbehalten werden müßte, innerhalb einer bestimmten Frist ein anderes Gericht anzurufen, auf dessen Zusammensetzung er durch ein ihm einzuräumendes Wahlrecht einen Einfluß auszuüben haben müßte, sei es, daß diese vertretbare Deutungsmöglichkeit zu einer Milderung der Strafe führen müßte, sei es, daß das Gericht gesetzlich gehalten würde, bestrittene Tatsachen und Meinungen in der von ihm vertretenen Deutungsmöglichkeit schriftlich darzustellen und der Verteidigung zur Stellungsnahme mitzuteilen, sei es, daß auch zwischen Gericht und Verteidigung ein strafrechtlicher Vergleich gegeben oder dem Angeklagten die Wahl gelassen würde, bei Zweifelhaftigkeit der Entscheidung unter den verschiedenen Deutungsmöglichkeiten eine bestimmte Sühne für sein sozial schädlich gewesenes und verwerfliches Tun auf sich zu nehmen.

Mag man alle diese Vorschläge auch bekämpfen oder sie sogar als eine Gefahr für die Strafrechtspflege — natürlich die überlieferte — ansehen, auf alle ihre Einzelheiten kommt es schließlich nicht an; dagegen ist das Grundsätzliche entscheidend. Mit dem hier ausgesprochenen, von jedem Erfahrenen erlebten Sachverhalt muß doch endlich einmal Ernst gemacht, aus ihm müssen und werden die sachlich gegebenen praktischen Folgerungen für Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Rechtswissenschaft und Lehrbetrieb schließlich doch gezogen werden[4]).

[4]) Vgl. Rumpfs »Strafrichter«, Bd. I, S. 157, Bd. II, 5. Kap. In diesem geistvollen, den Praktikern viel zu wenig bekannten Buche finden sich vom richterlichen Standpunkte aus, mit dem ich mich hier nicht auseinandersetzen kann, in seiner von mir für unrichtig gehaltenen neukantianischen Begründung vielfach verwandte, de lege ferenda sicher erwägenswerte Ausführungen und Forderungen. Siehe auch Zeiler in R. u. W. 1916 S. 126 und die dort angeführte Literatur.



Alt-Memminger Strafrecht.

Von Dr. Hermann Knapp, Kgl. Reichs-Archivrat in München.

Schon lange war auf das ehrwürdige Recht der alten Welfenstadt mein Augenmerk gerichtet; das für seine Zeit trefflich geschmiedete Stadtrecht, die mit der Regensburger Friedgerichts-O. so mancherlei Ähnlichkeit aufweisende Ainungs-O. wie das reichhaltige Satzungsbuch aus dem Ausgang des Mittelalters fesselten besonders mein Interesse. Wie oft lugten sie, wenn ich den reichsstädtischen Beständen unseres Archives nahte, gar verstohlen aus diesen hervor, ihrer Wiederverwertung harrend. Wie oft blätterte ich dann in ihnen, Vergleiche mit heimischen Normen ziehend und wichtige Nachweise für mein Übersiebnen schädlicher Leute aus ihnen erholend. Und so sei denn den bairischen Studien einstweilen Valet gesagt und ein Abstecher in die wackere Schwabenstadt unternommen!

Klingt mir nicht selten, wenn ich an eine neue Forschung herantrete, der mißgünstige Ruf ins Ohr: »Nun ja, jetzt kommt wieder ein neues Recht daran, das dem vorigen gleicht wie ein Ei dem andern,« so freut es mich stets, das Gegenteil feststellen zu können, da sich mir immer wieder eine neue, nicht minder reizvolle Aufgabe erschließt, reich an Rätseln und Fallstricken. Und wie groß ist auch oft die Verschiedenartigkeit der Rechte selbst bei Gebieten, welche, wie zum Beispiel Regensburg, Bayern und Freising, eng aneinandergrenzen. Die Territorien Schwabens stimmen, was ihre Verfassung und Verwaltung im Mittelalter anlangt, freilich vielfach überein, wie verschieden sind aber in strafrechtlicher Hinsicht die Stadtbücher Memmingens und Augsburgs!

Die Reichsstädte waren ja auf die Wahrung ihres alten Herkommens nur allzu ängstlich bedacht. Jede hegte sozusagen ihr eignes Hasengärtlein, wo, von engem Bannzaun umzirkt, die hergebrachten Bräuche lustig weitersprießen und wuchern konnten und in ihren altmodischen Formen noch stolz das Haupt erhoben, während draußen alles, von frischerem Luftzug belebt, schon in bunteren Farben prangte.

Für dieses zähe Festhalten am alten nur ein Beispiel: Nach Einführung des Übersiebnens schädlicher Leute hatte sich 1296 auch Ulm dieses Privileg, jedoch nur in Hinsicht auf Diebe und Räuber vom Reich erholt. Nachdem das neue Verfahren, das die Überwindung von Missetätern jeder Art in so hohem Maße erleichterte, im deutschen Süden die größte Beliebtheit errungen hatte, entschloß sich 1354 auch Ravensburg für dessen Annahme und erhielt es auch für Diebe und Räuber zugebilligt. Wohl könnte man sich hier über des Reiches Engherzigkeit wundern, da es die Übersiebnung nicht für alle schädlichen Leute bewilligte; die Ursache hierfür ist aber vielmehr bei den Ravensburgern selbst zu suchen. Sich ängstlich ans Althergebrachte klammernd, verzichteten sie unbegreiflicherweise auf jenen Fortschritt, ja, wie in Ulm, mußte es selbst bei dem Übersagen der Diebe und Räuber

die Mitwirkung des Gerichts erst durch Androhung von Bußen erzwingen[1]).

Memmingens Entwicklung gleicht in vieler Hinsicht der der meisten Städte Oberschwabens. Als Vertreter des Königs waltet der Landvogt, der frühzeitig seine Amtsbefugnisse für den Stadtbereich seinem bisherigen scultetus, dem Ammann, überträgt. Dieser bleibt indes des Vogtes Untergebner, der ihn willkürlich ein- und absetzen kann.

Dem Ammann obliegt von nun an die Erledigung aller städtischen Geschäfte auf den Gebieten der Verwaltung und Rechtsprechung. Er übt die Aufsicht über das Marktwesen, überwacht die Erhebung der Reichnisse und Gefälle aus den Besitzungen des Königs, aus Münze, Zoll, Gewicht und Maß, aus den Mühlen und Krämen wie der Stadtsteuer selbst. Er schirmt das Kloster- und sonstige kirchliche Gut. Er vertritt die Bürgerschaft nach außen, er führt den Oberbefehl in Krieg und Fehde.

Als Richter steht ihm anfangs nur Niedergerichtsbarkeit zu, d. h. er richtet nur über geringe Vergehen, Schuld und Habe wie die unter das Marktrecht fallenden Händel. Später wird ihm vom Landvogt auch die Gerichtsbarkeit in peinlichen Sachen wie über Eigen und Erbe überlassen. Er übt den Blutbann, der vom Reiche ausgeht; zur Vollstreckung der Todesurteile bedarf er wohl noch der Zustimmung des Vogtes. Er schlichtet ferner als Schiedsrichter die Streitigkeiten der Bürger unter sich wie mit Ausleuten; er führt das Siegel und stellt Gerichtsbriefe wie sonstige urkundliche Atteste aus. Er erfreut sich des Vorsitzes in Rat und Gericht. Ihm steht die Obergewalt in allen polizeilichen Dingen zu; er verfügt die Festnahme von schädlichen Leuten und Frevlern, er wahrt den Stadtfrieden, erläßt das Friedgebot, erteilt Geleit. Nicht unbedeutend sind seine Einkünfte; hier seien nur Totschlagsbußen und sonstige Strafgelder, Gerichtsgebühren, Fürfang und Geleitsgeld aufgeführt.

Ihm zur Seite steht ein Gemeindeausschuß, aus alteingesessenen Bürgern gebildet, die gleichzeitig als Stuhlgenossen oder Urteiler im Gerichte tätig sind. Aus jenem Beirat, der anfangs durchaus von dem Willen des Stadtgewaltigen abhängig ist, entwickelt sich dann der aus zwölf Ratgeben bestehende verfassungsmäßige Rat.

---

[1]) Siehe mein Übersiebnen schädlicher Leute, 36 ff.

Als Quellen des Münchener Reichsarchivs kommen neben mehreren Urkunden in Betracht: Das Stadtrecht von 1396 (L 8, zitiert nach Frhr. v. Freyberg, Sammlung hist. Schriften, Bd. 5, 249 ff.; eine Neuausgabe ist, wie ich höre, erfreulicherweise in Vorbereitung), die Privilegienbücher L 3 u. L 4; die Ainungsbücher L 10 A u. L 14; die Satzungen von 1488 L 10 G u. L 11. Vom Stadtarchiv in Memmingen vermochte ich nur eine Urkunde zu verwerten. Hinsichtlich der Literatur verwendete ich vornehmlich Dobel, Beiträge zur Verfassungsgeschichte Memmingens, Zeitschr. d. hist. Ver. f. Schwaben u. N., Jahrg. 3, 1 ff., u. das treffliche Werk K. O. Müllers, Die oberschwäbischen Reichsstädte, bes. S. 95—120. Leider ergaben sich einige empfindliche Lücken. So versagen, was die allgemeinen Lehren des Strafrechts anlangt, die Quellen fast völlig. Sonst blieb ich meinem bisherigen System treu; Wiederholungen waren, wenn es darauf ankam, eine Satzung nach verschiedenen Seiten hin zu beleuchten, nicht immer zu vermeiden.

Mit dem Wachstum der Stadt und ihrer Begünstigung durch das Reich steigert sich das Ansehen und erweitert sich der Geschäftsbereich des Rates immer mehr; 1347 tritt ein Bürgermeister an die Spitze der Gemeinde, der bald darauf den Ammann im Vorsitz verdrängt. Erhielt die Stadt schon vorher das Zugeständnis, daß kein Ammann ohne der Bürger Willen und Rat vom Vogt ernannt werden darf, so wird ihr 1350 das Ammannamt selbst verschrieben. Freilich behalten sich die Herrscher des Reichs immer wieder die Rücklösung vor; in Wirklichkeit verbleibt es aber von nun an der Stadt. Und so wird denn auch in den Urkunden derselben der Ammann nunmehr hinter dem Bürgermeister aufgeführt [2]).

Von den zahlreichen Privilegien jener Periode scheinen diejenigen, durch welche Memmingen mit den Freiheiten Überlingens und Ulms begnadet wird, die wichtigsten. In strafrechtlicher Hinsicht bedeutsam ist das Vorrecht der Bürger, nicht vor fremde Gerichte geladen noch von ihnen geächtet zu werden, während die Stadt selbst Ächtern Geleit erteilen und sie heimen kann, bis der Kläger gegen diese rechtlich vorgeht. Sie darf dem Ulmer Recht gemäß bei Heimsuchung, fließenden Wunden und bei Totschlag, hier aber erst nach dreimaliger Vorladung ächten und die Namen der Verrufenen im Achtbuch verzeichnen [3]).

In die Mitte des 14. Jahrhunderts fällt auch die Einführung der Zunftverfassung. 1347 urkunden die Zunftmeister mit der gesamten Gemeinde der Stadt Memmingen zum ersten Mal. Die Bürgerschaft wird in der Folge in zwölf Zünfte eingeteilt, von denen die letzte, die Großzunft, die Alteingesessenen in sich vereinigt. Die Zunftmeister treten von nun an nicht nur als vollberechtigte Mitglieder des Rates auf, sondern wählen mit den Elfern, d. h. Angehörigen der verschiedenen Zunftausschüsse Bürgermeister und Ratgeben. Durch diese Umwälzung, welche übrigens dem Gemeinwesen keineswegs zum Nachteil gereicht, ist es auch erklärlich, daß in späteren Statuten die Zunftbestimmungen so sorgfältige Behandlung erfahren.

Im StR. von 1396 zeigen sich bereits die Früchte dieser neuen Wandlung. Der Ammann beurkundet nicht den Erlaß desselben, er zählt überhaupt nicht mehr zu den gesetzgebenden Faktoren der Stadt, wohl aber die Zunftmeister. Jener, nunmehr auch Stadtammann genannt, ist nun im Gegensatz zu seiner früheren Selbstherrlichkeit in vieler Hinsicht von der Laune der Stadtväter abhängig. Wer ohne des Rates

---

[2]) Siehe Dobel 10 ff.; siehe die Privilegien von 1312 bzw. 1330, keinen Ammann ohne der Bürger Willen und Rat, L 4, 19; 1350 verschreibt Karl IV. das Ammannamt der Stadt für seine Lebenszeit, L 4, 33, ebenso Wenzel 1379, L 4, 43; Ruprecht verleiht das Amt widerruflich, 1401, Urk. Nr. 133; A. soll Blutbann besitzen, ohne ihn jedesmal vom Reich zu empfangen, 1403, Urk. Nr. 139; Sigmund verschreibt das Amt an M. Brisacher um 600 Gulden, 1437, L 4, 81, der Bürgermeister verleiht den Bann, 1438, Urk. Nr. 284; Albrecht verschreibt das Amt der Stadt um obige Summe 1438, L 4, 86.

[3]) Siehe hier die Privilegien von 1286, L 4, 1; 1296, L 4, 6; 1312 bzw. 1330, Urk. Nr. 16; 1354 Nr. 42; 1355 Nr. 48; 1384, L 4, 52; 1403 Urk. Nr. 139; 1438 Nr. 284; 1471 Nr. 389; 1471, L 4, 119; 1487 Urk. Nr. 430; 1490 Nr. 437.

Willen nach dem Ammannamt trachtet, heißt es, soll als meineidig gelten und des Bürgerrechts verlustig gehen. Wie der Bürgermeister darf er die Stadt nur mit Erlaubnis des Rats, in dringenden Fällen mit der des großen Zunftmeisters verlassen[4]).

Noch ruht die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit in seinen Händen, wie er den Blutbann noch vom Reiche empfängt. Im Verfahren wider Totschläger und schädliche Leute tritt er als der allein kompetente Richter auf. Ihm obliegt die Fragestellung, er formuliert, wo nötig, des Klägers und der Helfer Eid, er bestimmt mit dem Rat Schätzer und Schauer und vollzieht, nachdem er den Urteilsvorschlag von der Gerichtsgemeinde erholt, den Spruch der Stuhlgenossen. Noch führt er die Oberleitung über das Sicherheitswesen, nimmt »manschleg« und schädliche Leute wie Unzüchter selbst in Bürgershäusern fest, auch ordnet er alle wichtigen Maßnahmen zur Wahrung des Stadtfriedens an. Auch sonst scheint er im wesentlichen mit dem Strafvollzug betraut, wie er Unzüchter zur Bestrafung »anschreibt«. Sicher steht ihm auch noch ein Anrecht auf Gerichtsgefälle und Bußen zu, sonst würde die Verpfändungssumme nicht 600 Gulden betragen[5]).

Was den Rat anlangt, so nimmt er, abgesehen davon, daß seine Mitglieder als Urteiler in den Gerichten fungieren, an allen Vorkehrungen, welche auf Erhaltung der Sicherheit und Ruhe der Bürgerschaft abzielen, lebhaftesten Anteil. Daneben bekundet sich das offensichtliche Bestreben, die Kompetenz des Blutrichters durch Eingriffe in sein Gerichtsrecht immer mehr zu beschneiden.

So erkennt der Rat ohne dessen Mitwirkung bei Totschlag außerhalb der Stadt, ebenso in Fällen, wo bei Anklage wegen Ableibs und Mords der Verdacht besteht, daß das Vorgehen ein mutwilliges war. Und dabei ersehen wir, daß er bei der Untersuchung dieser peinlichen Fälle ein Inquisitionsrecht im weitesten Umfang ausübt. Wenn es heißt, der Rat soll bei Totschlägen außerhalb der Stadt erkennen nach Kundschaft, Frage und Sage, so besteht kein Zweifel, daß unter letzteren die Vernehmung von Zeugen und eventuell peinliche Befragung des Angeklagten zu verstehen ist. Wenn man erwägt, daß die Zeugen im damaligen Sinn nicht nur über Selbsterlebtes berichten, so mögen sich bei jenen Verhandlungen vor dem Rat auch der Leumunds- und Indizienbeweis bereits großen Ansehens erfreuen. Auch bei Verhaftungen greift der Rat insofern ein, als er wegen schwerer Verwundung Festgenommene wieder freimacht und in einem Asyl sichert[6]).

Daß nun der Rat dem Ammann, abgesehen von den peinlichen Fällen, nach 1350 noch irgendwelche Kompetenz in Strafsachen zubilligt, scheint kaum glaublich. Jedenfalls nimmt jener, dem die Sicherung des Stadtfriedens vor allem am Herzen liegt, das Recht in Anspruch, die verschiedenen Verstöße gegen denselben wie das Friedgebot selbst abzuwandeln. Unbeschränkt waltet er ferner auf dem Gebiet der Unzucht- und Frevelfälle. Endlich erledigt er nicht nur sämtliche Ver-

---

[4]) StR. 249, 309, 299.

[5]) StR. 251 ff., 286, 291 ff., 276, L 4, 81, 86.

[6]) Siehe bei Totschlag.

fehlungen gegen die Markt- und sonstigen städtischen Vorschriften, sondern auch alle gegen die Integrität der Stadt wie des Rats gerichteten Delikte, welche zum Teil, wie zum Beispiel Aufruhr, dem Ammann überlassen bleiben sollten[7]).

In Rücksicht auf die bürgerliche Gerichtsbarkeit ist wohl der Rat von jeher bestrebt, dem Forum des Ammanns durch Ausübung seiner schiedsrichterlichen Tätigkeit möglichst viel Bürger zu entziehen. Später aber entscheidet er solche Fälle offiziell als Gericht, ja er scheint sich selbst in Streitigkeiten um Eigen und Erbe als Richter aufzuwerfen[8]). Erst im 15. Jahrhundert taucht wieder neben dem Gericht im Rat das Stadtrecht oder Dreizehnergericht des Ammanns auf; ob eine Scheidung der Kompetenzen stattfand oder ob sie vielmehr miteinander konkurrieren, ist nicht feststellbar[9]). Unbehindert bleibt der Ammann wohl auf dem Gebiet der Schuldsachen. Auf diesem dominiert er auch noch zu Ausgang des Mittelalters, wie er auch Forderungen durch Vergleich erledigt, Pfändungen bewilligt, ja ein eignes Schuldbuch führt. Für Ausleute beraumt er, wo nötig, ein Gastgericht an[10]).

Noch sei bemerkt, daß der Rat nach StR. nicht nur bei Spiel, sondern auch bei Wucher entscheidet, wie bei Meineid »bessert«, obwohl Religions- und Sittlichkeitsdelikte zu jener Zeit noch dem geistlichen Gericht unterstehen. Bezeichnend ist, daß der Rat wie der Ammann sich des Stadtgerichtssiegels bedienen[11]).

Den Vorsitz im Rat wie im Ratsgericht führt der Bürgermeister. Bei Anordnung und Ausführung der für den Stadtfrieden nötigen Maßnahmen konkurriert er mit dem Ammann. Er wird alljährlich neu gewählt; wie jener soll er ohne Ratserlaubnis die Stadt nicht verlassen.

1403 erwirkt endlich der Rat das sogenannte Leumundsprivileg, d. h. die Freiheit, über alle schädlichen Leute bzw. Verbrecher, falls er sie seinem Eid gemäß für besser tot als lebendig erachtet, auf Majoritätsbeschluß hin zu richten[12]). Memmingen entschließt sich spät zu diesem Schritt, eine stattliche Reihe von Städten und Territorien erfreut sich vor ihm jener gewichtigen Vergünstigung. Leicht hätte sie bei Erwerb des Ammannamts errungen werden können, aber die Bürger schreckten offenbar noch vor jener Neuerung zurück.

---

[7]) Siehe Unzuchtverfahren, StR. 295, L 10, G 38, der Ammann leitet mit den Ainigern die Tortur, Dobel, 64.

[8]) Daß die Jurisdiktion des Ammanns wirklich lahmgelegt wurde, ist unrichtig; siehe zum Beispiel eine Urk. des M. Stadtarchivs v. 1397, wonach Ansprüche mit Minne und Recht vor dem Ammann geltend gemacht werden müssen, Schubl. 131, 1; 1408: wer den andern vor gericht frävelich schlächt, das den ein stattammann, ob es vor gericht, oder ain burgermaister, ob es vor dem rate beschicht usw., StR. 281, Der Ammann gebietet dem Richter, Gericht zu halten, L 12, 2; anders Dobel, 25.

[9]) Dobel, 25; siehe Urk. Nr. 238, 451.

[10]) StR. 264, 266, L 10 G 15 ff.; Dobel, 26 f.

[11]) Dobel, 25, K. Friedrich erlaubt dem Rat, mit rotem Wachs zu siegeln, 1447, L 4, 109.

[12]) L 4, 59; Bestätigung von 1438, Urk. 284, Dobel, 51 f.

Der Ammann wird auch fernerhin als unentbehrliches Rüstzeug berufen; er leitet die Verhandlung als »gemeiner Frager« und vollzieht das wohl schon vorher in geheimer Sitzung beschlossene Urteil. Die Übertragung des Blutbanns erfolgt nicht mehr von Reichs wegen, der Ammann wird vielmehr durch den Bürgermeister belehnt. Sollte er sich weigern, bei Abhaltung des peinlichen Rechtstags mitzuwirken, so riskiert er den Verlust seines Amts.

Noch möchte ich des Richters gedenken, der im peinlichen Verfahren gegen den Willen des Ammanns noch mehr Leute um das Urteil befragt. Wir haben in ihm zweifellos einen von der Stadt erkornen Beisitzer zu sehen, der gleichsam als Kontrollorgan dafür dient, daß die Rechte der Republik und insbesondere der als Parteien auftretenden Bürger gewahrt werden und keinerlei Prozeßverstoß ungerügt bleibt. Er erinnert an den schweigenden und horchenden Zentgrafen des Würzburger Rechts. Eines Richters scheint sich ferner der Ammann als Vertreter in Zivilsachen zu bedienen, auch der Büttel fungiert als solcher [13]).

Um Mitte des 15. Jahrhunderts tritt noch in Hinblick auf die Unzucht- und Frevelfälle insofern eine Änderung ein, als hier an die Stelle des Ratsgerichts die Ainung, d. h. ein Friedgericht mit zwei, später mit fünf Richtern tritt [14]).

Sonst ist das Gerichtswesen der Reichsstadt bis zum Ausgang des Mittelalters — und unsere Forschung setzte sich die Einführung der Carolina als Ziel — wenig Wandlungen mehr unterworfen.

I. Strafrecht.

1. Allgemeiner Teil.

Verbrechen. Man gebraucht hierfür Tat, Schuld und Schaden. Von besonderer Bedeutung ist die handhafte Tat. Bei Ergreifen auf frischer Tat oder Finden an wahren Schulden, wie es im StR. heißt [15]), bedarf es keines weiteren Beweismittels mehr; der Ertappte gilt von vornherein als verloren. So bildet auch bei Fälschung die Auffindung des falschen Gewichtes oder Maßes die Voraussetzung zur Bestrafung [16]). Als Wahrzeichen der handhaften Tat dient der vor Gericht gebrachte Schub: Bei Totschlag und Mord der Leichnam des Opfers oder eine Haarlocke, ein Gewandstück desselben, bei Diebstahl und Raub die dem Verbrecher wieder entrissene Habe, bei Brand ein angekohltes Stück Holz, das von dem angezündeten Haus oder Wald stammt, bei Widersagung der Absagebrief [17]).

Von den dem Ratsgericht unterstellten Delikten sind Unzucht und Frevel hervorhebenswert. Als erstere kommen die schwereren Vergehen: Zufügen von Friedbrechwunden, Heimsuchen, Dieb-, Fälscher-, Mörder-Heißen in Betracht, als letztere die niederen: harmlosere Schimpf-

---

13) StR. 252, siehe meine Zenten des Hst. Würzburg, II, 184, L 12, 2.
14) Siehe Unzuchtverfahren.
15) StR. 285. 16) StR. 295. 17) StR. 254, 258, 252, 253.

reden, Schlagen, Stechen, Waffenzucken[18]). Unrecht tritt nur in der Bedeutung einer bestimmten gerichtlichen Buße (16 hlr.) auf[19]).

Der todeswürdige Verbrecher ist der schädliche Mann, vor allem Dieb, Räuber, Brenner, Mörder und der unrechte Widersager, außerdem aber jeder, der schwere Schuld auf sich geladen. Als solcher wird zum Beispiel auch derjenige qualifiziert, der eine Frau entführte[20]). Nicht hierzu zählt an sich der Totschläger; nur wenn er flüchtig sich der Sühne völlig entzieht und daher geächtet wird, ist er bei Ergreifung ohne Umstände als schädlicher Mann zu richten[21]). Sonst spricht das StR. weniger vom Verbrecher als von seiner Missetat (Diebstahl, Mord) oder daß von ihm etwas diebig, röbich, mortlich verübt wurde[22]). Auf den Leumund des Verdächtigen ist in den Satzungen niemals Bezug genommen; immerhin werden die Zeugen vor der Übersagung eines schädlichen Mannes stets veranlaßt, eidlich darüber auszusagen, nicht nur, was ihnen von der Tat kund und wissend, sondern auch was sie über jenen »ze maul oder vor« gehört haben[23]).

In Hinsicht auf Zurechnungsfähigkeit, so auch Bestrafung Jugendlicher ermangeln wir jeglicher Auskunft; es greifen hier sonach die Normen des gemeinen schwäbischen Rechtes Platz[24]).

Kennzeichnet später den Vorsatz der »verdachte mut«, so wird im StR. vor allem hierfür »berautenlich: wer den andern anlouffet b«, verwendet[25]). Ferner »frevenlich«; so bei Heimsuchung, Schlagen, unbefugter Festnahme und Betreten der Stadt[26]). »gevärlich« scheint alles, was irgendwie bedenklich ist und durch irgendwelche Art von Schuld, ja auch ein Versehen hervorgerufen wird: gevärlich Schaden an Gut, g. Klimmen über die Mauer[27]). Beim Bahrrecht werden die Sachverständigen aufgefordert, die Wunden redlich und ungevärlich zu beschauen; bei Unzuchtsachen gebietet der Bürgermeister »uff aid ze klagent ungevärlich«[28]). Auf Gefahr schlechthin deutet es, wenn der die Notwehr Ausführende behauptet, daß er »nicht gewichen möcht ungevärlich«, oder der Rat bestrebt ist, einen Bürger vor der Rache der gegnerischen Sippe »ungevärlich« in die Freiung zu retten[29]). Straflos bleibt der Verbannte, der von Feuers wegen »ungevärlich« in die Stadt kommt[30]).

Auch wissentlich tritt in doppelter Anwendung auf: Nur wer wissentlich gefälschten Wein kauft, wird strafbar; im peinlichen Verfahren weist man Kläger und Zeugen zurück, welche sich wissentlich in Acht und Bann befinden (sy mugent sich wol entreden, das sy sich darinne nit wissent)[31]). Im Gegensatz hierzu steht das kund und wissend als Notorietät; so wenn man einem Geleit erteilt »es wär wissentlich oder unwissent, das er vor verbotten wäre«[32]). Hellich ist heimlich:

---

18) Siehe bei Ungerichtverfahren. 19) StR. 281. 20) StR. 252, 311.
21) StR. 254, der Schädliche ev. Bürger, StR. 257. 22) StR. 251, 258, 249.
23) StR. 251.
24) Nach späterer Satzung sollen bei Aufruhr statt der Jugendlichen die Eltern sühnen, L 10 G 38; Spielverbote für Kinder, L 10 G 11.
25) L 14, 8, StR. 291. 26) StR. 255, 275, 281, 282, 286.
27) StR. 272, 277, 293. 28) StR. 256, 273, 251, 264, 281, 307.
29) StR. 256b. 30) StR. 274. 31) StR. 304, 251. 32) StR. 289, 255.

»wan ainer dem andern daz sin hellichen entpfurt«[33]). Als durchaus kulpos erweist sich endlich mutwillig, so bei Ansprechen wegen Totschlags und »das man maynty, ez wäre muotwill«[34]).

Versuch. Desselben ist lediglich beim Eid gedacht. Wer, nachdem ihm ein solcher mit dem Rechten erteilt ist, die schon erhobene Hand wieder sinken läßt, da ihm eben das Gewissen schlägt und er den Schwur nicht zu leisten wagt, sühnt mit einem Frevel und muß außerdem dem Klaganspruch völlig gerecht werden. Hebt er aber die Hand abermals, den Schwur vollbringend, so zieht er sich wegen seiner anfänglichen Unentschlossenheit nur eine geringe Buße zu, d. h. ein Unrecht, 60 hlr.[35]).

Notwehr. Sie kommt bei Totschlag und Wunden häufig in Frage und wird selbdritt ausgeführt. Es handelt sich übrigens hierbei nicht um schlichte Helfer, sondern um Zeugen, denn sie haben zu bestätigen, daß der Täter gerne hinter sich gewichen wäre, wenn nicht der Gegner auf ihn losgeschlagen oder gestochen hätte. Auch wenn ihn eine Wand oder sonstige »Irrung« daran hinderte, soll ihm dies als Entschuldigung dienen. Die Berechtung hat in Abwesenheit des Toten stattzufinden. Mißhandelt ein Bürger einen Ausmann mit Worten oder Werken und beschwört er hiernach, daß es dieser frävenlichen an ihn gebracht hat, so geht er frei aus, es sei denn, daß der Ausmann mit zwei ehrbaren Bürgern das Gegenteil erweist[36]).

Beihilfe. Sind nach Ausbruch einer Fehde die streitenden Parteien zum Frieden gezwungen, so gilt dies auch für deren Helfer. Wer von diesen den Brand von neuem schürt, sühnt als Friedbrecher. Der Strafe des Täters verfällt auch, wer bei einem solch feindlichen Zusammenstoß dabeisteht, um seinem Freund beizuspringen, wenn er in Not gerät, oder einen, der »scheiden« will, zu irren, es handle sich um Friedbruch, Heimsuchung oder andere Frevel. Gleichsam als Begünstiger sühnt der Fürbitter für den auf ewig Verbannten, der das Bürgerrecht aufsagte und seinen früheren Verpflichtungen nicht nachkam, mit 50 Pfund[37]).

Strafe. Hinweise auf den Grundsatz der Talion, wie bei Ruprecht von Freising, finden sich nicht vor, abgesehen davon, daß der Totschläger getötet, der Brenner verbrannt werden soll (spiegelnde Strafe). Auch auf Theorien ist kein Bezug genommen; nicht wie in andern Stadtrechtssatzungen, wie zum Beispiel in Nürnberg und Regensburg, gefällt sich der Rat, besonders drakonische Warnungen vor bestimmten Delikten einzustreuen unter Androhung von abschreckenden, willkürlichen Strafen an Leib und Gut[38]).

Strafmittel. Todesstrafen. Diese weisen keine Besonderheit auf. Der Dieb wird, wenn seine Beute mit mehr als 5 Schillingen be-

---

[33]) StR. 269. [34]) StR. 257. [35]) StR. 281. [36]) StR. 282.

[37]) StR. 291, 292; später bei Austretern L 10 G 43; kein in der Ainung Bestrafter darf Fürbitte von Fürsten und Königen zu erlangen suchen, L 10 G 3; keine Ausleute hausen, L 10 G 26; Beihilfe zum Spiel L 10 A 11; L 11, 23.

[38]) Siehe mein Rechtsbuch des Ruprecht von Freising als strafrechtl. Quelle, S. 16; StR. 254, 253.

wertet wird, gehenkt, der Räuber bei mehr als drei Pfennigen enthauptet. Der Brenner soll, ohne Rücksicht auf die Größe des von ihm angerichteten Unheils, verbrannt, der Mörder ausgeschleift und gerädert werden. Der unrechte Widersager sühnt als Räuber, bei Branddrohung als Brenner. Da man den Frauenentführer ausdrücklich den schädlichen Leuten zugesellt, so riskiert er eventuell ebenfalls Enthauptung. Die Frauen haben zu jener Zeit noch die schreckliche Strafe des Lebendigbegrabens zu erdulden, nach den späteren Saţungen (1488) tritt hierfür Ertränken ein. Nach diesen werden auch schwere Friedbrecher und Aufrührer getötet, d. h. mit dem Schwert gerichtet[39]).

Leibesstrafen. Hier sind lediglich die Ohrabschneidung bei nicht todeswürdigem Diebstahl und wohl auch Raub anzuführen, wie die Handabschlagung bei Verführung einer Bürgerstochter. Leţtere wird übrigens nur bei Nichtzahlung der 10-Pfund-Buße vollzogen[40]).

Ehrenstrafen. Die vom Rat wegen Unzucht (Unfug) verurteilte Frau hat am Sonntag nach dem Fronamt den Lasterstein von einem Tor zum andern zu tragen. Die Strenge dieser Saţung trifft indes nur Mittellose; denn wer 1 Pfund hlr. zu erlegen vermag, entgeht der beschimpfenden Prozedur[41]).

Die Gefängnisse dienen nur der Untersuchungs- und Schuldhaft. Wer um Schaţung willen gefangen ist, soll von niemand gelöst werden[42]).

Vermögenstrafen und Verweisung. Da diese vielfach ineinandergreifen, mögen sie gemeinsame Behandlung erfahren. Wer nämlich zu einer Buße verurteilt wird, dem erteilt man in der Regel außerdem noch den Laufpaß und verbietet ihm für bestimmte Zeit die Rückkehr in die Heimat. Es scheint dieser Grundsaţ insofern von praktischem Wert, als dann nicht, wie in manch anderer Stadt, der Reiche, da er ja lediglich ein Geldopfer riskiert, sich den Scherz erlaubt, an seinem Widersacher eine Gewalttat zu verüben. Leider wird diese Strenge, wie wir sehen werden, in späterer Zeit nicht aufrechterhalten. Die Verweisung wird übrigens nur mit höheren Geldstrafen gleichzeitig verhängt.

Als Bußbeträge des StR. sind hervorhebenswert: 16 hlr., das sogenannte Unrecht, bei Verstößen im Fall der Eidesleistung, 2 und 5 Schilling bei geringen Gewerbe- und Marktvergehen, 10 Schilling bei Feilhalten durch Ausleute, 15 Schilling bei unrechtem Gewicht und Maß[43]), 1 Pfund bei Sachbeschädigung[44]), 30 Schilling die die eigentliche Frevelbuße. Hierzu 1 Monat Verweisung. Ohne leţtere wird auf diese Buße bei schwerer Gewichts- und Maßfälschung erkannt[45]). 2 Pfund bei Schädigung der Gemeinde und Bürger im Holz, in

---

[39]) StR. 253, 258, 311, 253; L 10 G 38; L 14, 11; L 10 G 38.

[40]) StR. 252, 301. [41]) StR. 279.

[42]) Unter dem wiederholt genannten Keller ist wohl das Ratsgefängnis zu verstehen; siehe Unzuchtverfahren. Schaţung: städt. Abgaben.

[43]) StR. 281, 318, 319, 295.

[44]) Sofern der Täter geständig StR. 276; Ungehorsam gegen die Ainung, L 10 A 1.

[45]) Auch bei Widerstand gegen die Pfändung, StR. 285; 278, 285, 281, 295.

Gärten usw.[46]). 5 Pfund bei Friedbruch und Fälschung. Hierzu 1 Jahr[47]). 10 Pfund bei schwerem Friedbruch nach Friedgebot, unbefugter Festnahme, unberechtigter Klage, Weinfälschung. Hier ebenfalls 1 Jahr. Dieselbe Buße finden wir nun in Verbindung mit 2 Jahren, nämlich bei schwerem Friedbruch ohne Friedgebot, und mit 5 Jahren bei Friedbruch nach Friedensschluß bzw. Urfehde, wie bei Verführung von Bürgerstöchtern. Im letzten Fall tritt bei Nichtzahlung Handverlust ein. Ohne Verweisung wird diese Buße gegen die Zunft verhängt, welche heimlich, d. h. ohne Wissen des Rats, Satzungen erläßt[48]).

20 Pfund bei unberechtigter Festnahme von Bürgern[49]). Hierzu 5 Jahre. 50 Pfund ohne Verbannung hat endlich später derjenige zu entrichten, der für einen Austreter Fürbitte leistet, mit 1 Jahr der schwere Friedbrecher[50]).

In manchen Fällen wird auf die doppelte Buße erkannt, so bei Freveln an Mitbürgern außerhalb der Stadt, vor Rat, Gericht usw.[51]). Ist lediglich die große Buße oder fräflin angedroht, so ist hierunter wohl die 5-Pfundbuße zu verstehen[52]). Mitunter tritt eine Abgabe für den Stadtbau an Stelle der Buße; so zum Beispiel bei Injurien 1000 Ziegel, welche einer Buße von 2 Pfund entsprechen[53]).

Die Verweisung umfaßt also ihrer Dauer nach 1 Monat, 1, 2 und 5 Jahre. Allein, so zum Beispiel wenn einer vom Mitbürger Ratschatz beansprucht (1 Jahr), wird sie selten verhängt[54]). Bei Totschlag hat der nicht ergriffene Täter eine Gebühr an das Gericht, das Wergeld an des Getöteten Sippe zu entrichten und außerdem 5 Jahre die Stadt zu meiden[55]). Ewige Verbannung gewärtigt der Bürger, der, um sich seinen Verpflichtungen zu entziehen, der Stadt aufsagt, der einen andern freveInd fängt, um ihn zu schatzen oder zu mißhandeln, der einen Geleitsbruch begeht, und endlich derjenige, der einen Auflauf zum Schaden der Stadt erregt[56]). Frauen verjagt man nur bei großer Unzucht und Frevel[57]).

Jeder Verwiesene hat eidlich zu geloben, binnen acht Tagen aus dem Tor zu wandern und nicht vor Ablauf der Verbannungszeit zurückzukehren, wie die ihm auferlegte Buße vorher zu entrichten. Betritt der Totschläger während der ihm zuerkannten 5 Jahre unbefugt das Gebiet, so beginnen jene von neuem; bei Festnahme wird er an Leib und Gut »genötet«, bis er schwört, dieser Bedingung nachkommen zu wollen[58]). Einen Aufschub hinsichtlich des Beginns der Verbannung

---

[46]) Hierbei Verweisung, StR. 277.

[47]) Auch bei unrechtem Pfänden, Fälschen an dem Eid, Mißhandeln von Amtleuten, Heimsuchen, Werfen, Weigerung, Bürgermeister zu werden, StR. 270, 276, 284, 278, 290, 291, 296, 313; in Eid reden L 10 G 23.

[48]) StR. 290, 291, 292, 286, 289, 301, 304, 314; bei Wunden L 14, 9.

[49]) StR. 285. [50]) L 10 G 43; L 10 G 6; L 10 G 3, L 14, 11.

[51]) StR. 279, 280; L 14, 7; L 14, 4. [52]) StR. 281.

[53]) StR. 305, 292. [54]) StR. 294. [55]) StR. 254.

[56]) StR. 267, 295, 286, 289, 295; später bei Aufruhr L 10 G 38; wer kais. Schirmbriefe aufbringt L 10 G 21.

[57]) StR. 279. [58]) StR. 254.

gewährt der Rat nur ausnahmsweise bei Krieg, Todesfall und — mit Zustimmung des Klägers — im Fall des Geständnisses. Loskaufen darf man sich bei Verweisung nur, wenn es sich um Spielverbote »und solich sach, was man damit verliert,« handelt[59]). So ist auch bei Bußbeträgen von über 5 Pfund, und wenn überhaupt die Stadt den Verlust zu gewärtigen hat, Pfändung zulässig[60]).

Werfen wir noch einen Blick in das Ainungsbuch, so sind hier die Fristen bei Buße und Verweisung und das »Abkaufen« der letzteren, eine Bestimmung, die freilich sehr zum Nachteil der Unbemittelten erlassen wurde, beachtenswert.

Ist auf Buße erkannt, so muß sie, falls sie 3 Pfund oder weniger beträgt, in acht Tagen, bei höherem Betrag in einem Monat entrichtet werden; andernfalls verdoppelt sie sich. Wird einer für ein ganzes oder halbes Jahr verwiesen, so bleibt ihm nach Verkündigung des Urteils noch eine Galgenfrist von vierzehn Tagen, bei geringerer Verbannung nur die Hälfte hiervon, er könnte denn »ehäftige« Not geltend machen. Bezüglich des Abkaufs der Zeit zahlt man für acht Tage 10 Schilling, für ein Jahr 20 Pfund. Fromme »wohlbelaimdete« Frauen soll man überhaupt nicht zu Verbannung verurteilen, dafür aber die doppelte Buße aussprechen. Weniger gelind verfährt man gegen »belaimdete« und schwache; man verweist sie und büßt sie nach Gelegenheit der Sache. Frevelt der Bürger dem Gast gegenüber, so riskiert er, wie schon nach der Satzung des alten StR., nur Buße. Den Gast hiergegen, heißt es, soll man hereinbieten, das heißt so lange in der Stadt festhalten, als man den Bürger hinausbietet, das heißt verbannt[61]).

Vermögeneinziehung wird bei Flucht eines Missetäters verfügt. Ergreift man bei einfachem Totschlag den Täter und macht ihm den Prozeß, so wird, da man ihm den Leib genommen, das Gut wieder frei, das heißt, es fällt unverkürzt seinen Erben anheim. Das Gut flüchtiger Ausleute, welche Unzucht und Frevel verübten, wird bis zur Erlangung der Buße beschlagnahmt[62]).

Schadensersatz. Dieser ist bei Totschlag und Schädigung an Leib und Gut zu leisten, wiewohl im StR. nur selten hierauf Bezug genommen ist. Nach späterer Vorschrift sind Schmerzen und Schäden vor Ammann und Gericht bürgerlich auszutragen, vorher aber die Buße an die Stadt zu zahlen[63]).

Strafzumessung. Hierüber finden sich im StR. noch keine festen Grundsätze vor. Immerhin wird in vielen Fällen, so selbst bei Zuerkennung einer Leibesstrafe, nach freiem Ermessen des Rates entschieden. Später wird auch den Ainigern bedeutet, mitunter, so bei Heimsuchung, die gesetzmäßige Buße nach Lage der Sache zu mehren oder zu mindern[64]). Manche Delikte werden strenger oder gelinder beurteilt, je nachdem die Person des Verletzten höher oder geringer bewertet wird. So verfährt man strenger bei Injurien gegen Rats-

---

59) StR. 278.
60) StR. 279.
61) L 10 A 5, 6; L 14, 5.
62) StR. 254, 283.
63) L 14, 9; bei Schadenstiftung StR. 276.
64) L 10 A 9.



personen und Amtleute oder im Fall der aberratio ictus, das heißt wenn der Wurf einen andern als den damit Bedachten trifft[65]). Wer Gäste schilt oder schlägt, bleibt unter Umständen straflos oder er riskiert geringere Ahndung. So darf auch der mit einem Ausmann verfeindete Bürger diesen, sofern er trotz Mahnung des Rates in der Stadt bleibt, überfallen und mißhandeln[66]). Die Ausübung eines eigenmächtigen Strafrechts durch den Verletzten bekundet sich bei Ehebruch, Heimsuchung und Schadenstiftung[67]).

Rücksicht auf persönliche Verhältnisse. Frauen sind in mancher Hinsicht besonderen Normen unterworfen. Die Todesstrafe des StR. ist Lebendigbegraben, später das nicht minder schreckliche Ertränken. Die Schmähsüchtige muß den Lasterstein tragen; bei großer Unzucht (Unfug) »die unfröwlich und ze fräfel wär« zahlt sie jedoch Buße und Beiträge für den Stadtbau. Bei von ihnen wie gegen sie verübten Freveln sind keine bestimmten Strafen festgesetzt; stets entscheidet hier das freie Ermessen des Rates. Im gerichtlichen Verfahren erleiden sie manche Zurücksetzung, als Zeugen werden sie nur, wenn es an Männern fehlt, verwendet[68]).

Über die Stellung der Fremden bzw. Gäste den Bürgern gegenüber wird in den folgenden Ausführungen eingehend berichtet.

2. Besonderer Teil.

Friedbruch.

Entsteht ein Zerwürfnis, so ist es der Stadtgewaltigen, das heißt des Bürgermeisters, Ammanns, der Ratgeben und Zunftmeister Pflicht, das Friedgebot zu erlassen. Der gewöhnliche Bürger scheint also keineswegs hierzu ermächtigt. Jenes erstreckt sich seiner Geltung nach zuerst auf acht Tage; sollte der Handel bis dorthin nicht mit Liebe oder Recht beigelegt sein, so ergeht das Gebot abermals. Es bleibt dann bis zum völligen Austrag in Kraft. Es soll aber nicht nur die Hadernden selbst von weiterer Gewalttat abhalten; auch die Freundschaft, »die beschwert ist und die man ungevärlichen kennt«, muß es in gleicher Weise respektieren. Wer den Frieden versagt, »Selbscholl« oder Freund, sühnt mit 5 Pfund und 1 Jahr Verbannung. Wer aber, nachdem schon Tag und Nacht Friede waltete, feindselig handelt, riskiert die doppelte Strafe[69]).

Ebenso ahndet man den, der, in die Sache verwickelt und im Begriff, die Stadt zu verlassen, der Mahnung zum Frieden nicht Gehör schenkt. Sucht aber einer lediglich deshalb das Weite, um seine Feindseligkeiten, welche dann womöglich die gesamte Bürgerschaft in Mitleidenschaft ziehen, von außen fortsetzen zu können, und zwar bevor noch ein Friedgebot an ihn ergeht, der büßt mit 5 Pfund und 1 Jahr. Und dann soll er noch für so lange verwiesen sein, bis er Urfehde schwört, es wäre denn, daß er eidlich dartut, daß er aus andern

65) L 10 A 6. 66) L 10 A 10. 67) StR. 258, 277.
68) StR. 277. 69) StR. 290.

Gründen ausgezogen ist. Sind nun die strittigen Parteien nach Prüfung ihrer Ansprüche zum Frieden und zur Versöhnung gebracht, so gilt dies natürlich auch für ihre Freunde und Genossen; wer von ihnen nochmals Unfrieden heraufbeschwört, zieht die doppelte Friedbruchstrafe auf sich[70]).

Aber auch wenn kein Friedgebot erlassen wird, sind Tätlichkeiten gegen den Widersacher nicht minder strafbar. Wird es übersehen, heißt es, solch Zerwürfnis zu befrieden, wer dann den andern »berautenlich« anläuft, »besamnot,« das heißt mehrere gegen ihn aufhetzt, Waffen zuckt, ihn durch Verwunden, Stechen, Schlagen oder andere Frevelwerke mißhandelt oder ihn allein oder mit mehreren »berautenlich hüt« (nachstellt), der muß jeden Frevel mit 5 Pfund und 1 Jahr, bei Friedbrechwunden, Heimsuchen, Fälscher-, Dieb- und Mörder-Heißen mit 10 Pfund und 2 Jahren büßen. Ebenso soll auch, wie erwähnt, der Helfer, der dabei steht, um seinem Freund in der Not zu helfen oder einen Vermittlungsversuch anderer hinfällig zu machen, zur Rechenschaft gezogen werden[71]).

Unter die Friedbruchsdelikte fällt auch das Widersagen, das heißt die Fehdeankündigung unter Verlassen des Gebiets. Man sendet hierbei dem Gegner in der Regel einen Absagebrief, den man eventuell an einen Pfeil geheftet in die Stadt schießt; man macht hierin geltend, daß man gegen den Widersacher einen Anspruch hätte, dessen Durchsetzung mit Minne und Recht nicht möglich sei, und droht hierbei mit Gewalttat an Leib und Gut. Eine derartige Absage zieht natürlich auch eine nicht geringe Gefahr für das gesamte Stadtwesen nach sich. Denn der Absager umschirmt sich der eigenen Sicherheit wegen mit verschiedenen Helfern, und zwar solchen, welche sich schon von jeher als Feinde der Stadt erwiesen haben; er wird zum Austreter der schlimmsten Sorte, der bei Zusammenstoß mit Bürgern vor keiner Gewalttat zurückschreckt. Ist also seine Forderung irgendwie begründet, so werden die Stadtväter in jeder Hinsicht bestrebt sein, ihm zu seinem Recht zu verhelfen, ja das Widersagen ist unter gewissen Umständen das sicherste Mittel, um einem berechtigten Anspruch zum Sieg zu verhelfen. Wir wissen ja, wie oft aus geringfügigstem Anlaß eine heftige Fehde gegen eine ganze Gemeinde entbrannte[72]).

Ist aber die Absage durchaus grundlos und der Austreter sonst auf keine Weise zum Frieden zu bringen, so bleibt nichts übrig, als den Rechtsfeind wie seine Helfer mit allen Mitteln niederzuwerfen. Hat man ihn dingfest gemacht, so sühnt er als schädlicher Mann, ja es kommt dann gar nicht darauf an, daß er die angedrohten Gewalttaten auch tatsächlich ausgeführt hat. Bei dem gewöhnlichen Widersagen wird er, wie schon erwähnt, als Räuber enthauptet, bei Branddrohung als Brenner mit dem Feuer vernichtet. Die Tatsache des Widersagens hat der Kläger mit zwei Helfern darzutun und außerdem, daß er ihm gerne zu Recht gewesen wäre an den Stätten, da er billig sollte, mit zwei Zeugen zu beweisen[73]).

---

70) StR. 291. 71) StR. 291, 292. 72) StR. 253. 73) StR. 253.

Soweit die Bestimmungen des ältesten StR. Mit der Erstarkung der Ratsgewalt den Bürgern gegenüber nehmen die zur Wahrung des Stadtfriedens erlassenen Satzungen bedeutend an Strenge zu. Diese macht sich besonders gegen den, der nach gelobtem Frieden die Fehde von neuem aufleben läßt, fühlbar. Wer dann den Gegner freventlich unter Augen lügen heißt, schilt oder ihm Schmachworte zufügt, soll, wenn sich dies als »kundlich erfindet«, mit 50 Pfund und 1 Jahr, und sollte es hierbei »als beschwerlich« zugegangen sein, an Leib und Leben gestraft werden. Der von ihm Beschimpfte aber darf, will er nicht desselben Vorwurfs geziehen werden, jenen Angriff nicht auf gleiche Art zurückweisen noch Worte durch Streiche erwidern; er hat vielmehr sofort bei der Obrigkeit Klage zu erheben. Ausleute behandelt man wie früher, man hält sie fest oder »nimmt sie in Gelübde«, bis sie Sicherung geleistet haben. In den neueren Satzungen bekundet sich auch insofern ein Fortschritt, als nunmehr jeder Bürger Frieden bieten darf und soll[74]).

Brach zwischen einem Bürger und einem Ausmann Fehde aus, so soll jener bei Ansichtigwerden des Widersachers in der Stadt sofort den Bürgermeister, Zunftmeister oder etliche des Rats von dessen Anwesenheit wie vom Streitfall in Kenntnis setzen. Diese gebieten dann dem Fremden, den Handel unverzüglich in Güte oder mit Recht zum Austrag zu bringen, andernfalls das Gebiet vorläufig nicht wieder zu betreten. Mißachtet der Gemahnte diesen Rat, so darf ihn der Gegner überfallen und auf das Gröblichste (on den Totschlag) mißhandeln[75]).

Das beratenliche Hüten, das heißt Wegwarten mit bewaffneter Hand, mag nun Fehde vorliegen oder nicht, ist mit 10 Pfund und einem halben Jahr normiert; strenger verfährt man bei wirklichen Tätlichkeiten[76]).

Noch schärfere Ahndung droht die Ainungs-O. von 1526 dem Friedbrecher an. Wer hiernach trotz Friedgelöbnis den Feind ohne Notwehr niederschlägt und dessen, sofern es nicht ohnedies kund und wissend, durch zwei oder drei Zeugen überwiesen wird, soll enthauptet werden[77]).

Der Austreter endlich, der mit oder ohne Aufsagung des Bürgerrechts aus der Stadt entweicht und gegen diese anders als auf rechtlichem Wege vorgeht, wird als eidbrüchig mit Weib und Kind verbannt, nicht minder der, der für ihn Fürbitte einlegt. Entführt er jedoch hierbei gefährlich der Bürger Gut, so soll er bei Ergreifung als übersagter, rechtloser und schädlicher Mann dem Schwert verfallen[78]).

Das Tragen langer Schwerter, Spieße und Messer zu Schimpf und Ernst ist bei 3 Pfund und 2 Monat untersagt. Erlaubt sind sie jedoch den Ratspersonen, Zunftmeistern und Bütteln, ferner jedem Bürger auf der Wacht, bei Gericht, wenn man Sturm läutet oder er nachts zu Bürgermeister und Rat entboten wird. Verläßt ein derart bewaffneter Fremder ein Gasthaus, so büßt der Wirt mit 5 Schilling,

[74]) L 10 G 6. [75]) L 10 A 10. [76]) L 14, 10; L 10 A 8.
[77]) L 14, 11. [78]) L 10 G 43; L 11, 20.

es sei denn, daß er eidlich dartut, er habe die Mahnung an jenen ungefährlich vergessen oder er sei nicht daheim gewesen [79]).

Heimsuchung.

Wer über des Gegners Haustürschwelle läuft oder dringt und dort sticht, schlägt oder Wände wie Fenster freventlich beschädigt, macht sich, vorausgesetzt, daß sich jener zur Zeit des gewalttätigen Angriffs wirklich daheim befindet, der Heimsuchung schuldig. Gleich geachtet wird das Verüben von Unzucht und Frevel in eines andern Haus und Gemach, falls sich noch andere mit ihm darin aufhalten, ferner das freventliche Heischen des Gegners aus dessen eigenem Haus und Gemach oder dem eines andern ehrbaren Mannes. Geheiligt war stets der Friede am heimischen Herd; deshalb soll es auch für bußlos erachtet werden, wenn man dem Eindringling gegenüber, der auf solche Weise auf Schädigung an Ehre und Gut ausgeht, das Hausrecht mit roher Gewalt geltend macht. Jede Verletzung des Frevlers, von der Tötung abgesehen, ist verstattet [80]).

Rat und Bürger sollen den Wahrer der Hausehre schirmen, wenn er die Tatsache der Heimsuchung, wie, daß keine zwischen ihnen bestehende Feindschaft den Anlaß hierzu geboten habe, eidlich bekräftigt. Letzterer Nachweis wird freilich häufig nicht erbracht werden können; denn daß einer ohne weitere Ursache in ein Haus eindringt, zählt doch zu den Seltenheiten. Jene Satzung ist also insofern von Wichtigkeit, als der Heimgesuchte hiernach zur Ausübung eines eigenmächtigen Strafrechts befugt ist. Will er nicht selbst strafen, heißt es, sondern den Frevler mit dem Rechten beklagen, so hat er mit zwei Helfern die Heimsuchung zu bezeugen. Geschah diese jedoch bei Nacht, so genügen irgendwelche Zeugen: Frauen, das Hausgesinde, Ehehalten zum vollgültigen Beweis [81]).

Des Klägers Hand soll hierbei die dritte sein, das heißt er schwört zuletzt. Das Verfahren verläuft in der nämlichen Weise, wenn sich der Beklagte als ungehorsam zeigt, das heißt sich nicht zu Recht stellen will. Die Strafe ist 1 Pfund und 1 Jahr; dem Rat steht indes frei, sie nach Lage der Sache zu mehren oder zu mindern [82]).

Später bedenkt man den, der einen in dessen Hause schlägt, mit 5 Pfund und 3 Monaten; 10 Pfund und 1 Jahr stehen auf wirklicher Heimsuchung. Noch höher wird sie geahndet, wenn es dabei besonders grob und gefährlich zuging. Verletzungen bei berechtigter Abwehr durch den Hauswirt und seine Helfer bleiben auch hier ungeahndet [83]).

Raub und Brand.

Über diese beiden erfahren wir nur wenig; sind ja die Grundlinien über die Behandlung und Bestrafung dieser verwegensten Rechtsfeinde durch Reichsgesetze festgelegt, die in den verschiedenen Territorien

79) L 11, 21; L 10 A 16.
80) StR. 275, 277.
81) StR. 277.
82) StR. 277.
83) L 10 A 9; L 14, 10.

ziemlich gleichmäßig zum Vollzug gebracht werden. Der Raub gilt nach StR. als todeswürdig, wenn die Beute höher als 3 Pfennig geschätzt wird. Räuber und Brenner werden dann bei Vorliegen des Schubs mit zwei, andernfalls mit sechs Helfern überwunden; die Sühne ist Enthauptung bzw. Verbrennung [84]).

Totschlag und Mord.

Bei ersterem ist vor allem zu unterscheiden, ob der Getötete ein Bürger oder Gast war. Entleibt ein Bürger einen andern in der Stadt und man ergreift den Täter bei oder nach der Tat, so wird er, wenn er nicht Notwehr oder Unschuld auszuführen vermag, mit dem Schwert gerichtet, sein Gut verbleibt den Erben. Hat er sich jedoch in einer Freistatt oder sonstwo in Sicherheit gebracht und auf die Klage seine Schuld vor Gericht durch zwei Ansager offen zugestanden, so hat er vorerst der Stadt eine hier nicht näher bestimmte Abgabe zu entrichten, ferner des Getöteten Freundschaft durch Erlegung des Wergelds zu versöhnen und endlich fünf Jahre das Gebiet zu meiden.

Wie bereits bei Verweisung erwähnt, beginnt diese Frist von neuem, sofern er vor Ablauf derselben unbefugt die Stadt betritt [85]). Geschieht der Ableib außerhalb der Friedsäulen und so weit von ihnen entfernt, daß man darauf verzichten muß, in Gegenwart des Toten zu klagen und zu richten, so soll der Täter, sofern er nicht leugnet oder seine Schuld kund und offenbar ist, wie im obigen Fall sühnen, d. h. der Ergriffene wird gerichtet, der geständige Flüchtling gebüßt und verbannt. Leugnet der Bezichtigte jedoch, er sei gefangen oder nicht, und fehlt der notorische Nachweis, so entscheidet der Rat über sein Schicksal [86]).

Tötet ein Bürger einen Ausmann innerhalb des Stadtgebiets, so kann gegen ihn ebenso verfahren werden, als ob er einen Mitbürger entleibt hätte. Erfolgt der Ableib aber draußen, so hat er nur darauf bedacht zu sein, sich mit der Freundschaft seines Opfers auseinanderzusetzen; außerdem gewärtigt er weder Strafe noch Buße [87]).

Ist der Täter bekannt und seine Schuld offenbar, er jedoch flüchtig und ungeständig, so ächtet man ihn und nimmt sein Gut in Beschlag. Dies ist indes fremden Gerichten M. Bürgern gegenüber nicht gestattet. Der Ergriffene sühnt dann wie ein überwiesener Totschläger [88]). Tötet endlich ein Ausmann einen andern, so erfährt er dieselbe Behandlung wie ein Bürger [89]). Im übrigen sei auf das Verfahren verwiesen.

Von den straflosen Tötungen ist der durch Notwehr bereits gedacht; der diese mit zwei Helfern bzw. Zeugen Ausführende geht schuldfrei aus. Wenn jemand einen schädlichen Mann, d. h. Verbrecher in oder vor der Stadt festnehmen will und er tötet oder verletzt ihn hierbei, so sollen die Bürger für ihn eintreten. Falls sich die Freundschaft des Getöteten oder Festgenommenen deshalb an den dies Veranlassenden vergreift, soll sie in gleicher Weise wie jener büßen [90]).

---

[84]) StR. 253. [85]) StR. 254. [86]) StR. 255.
[87]) StR. 255, 256. [88]) StR. 254. [89]) StR. 257.
[90]) Festnahme nur mit Ratserlaubnis, StR. 257.

Von Interesse ist ferner das Vorgehen bei der Tötung in handhaftem Ehebruch. Sie ist überall nur bei Vorliegen der »waren getat« straflos; in M. ist hierzu noch erforderlich, daß der gekränkte Ehemann beide Schuldige getötet hat. Ruprecht von Freising erklärt es freilich auch für verdächtig, wenn jener nur an einem der Ehebrecher Rache übte, läßt aber dann gleichwohl dessen Reinigung zu. Wie häufig wird es auch mißlingen, beide zu Fall zu bringen. In Hinblick auf jene beschwört der Ehemann, daß er die von ihm Gerichteten an den wahren Schulden gefunden habe[91]).

Wird einer auf den Tod gewundet, so darf man den Täter vor dessen Ableben weder festnehmen noch sein Gut beschlagnahmen, ja der Rat soll sogar den unbefugt Gefangenen freimachen und in einer Freiung sichern, da man ihn ja durch die verfrühte Verhaftung der Möglichkeit, sich in eine solche zu flüchten, beraubte. Geht die Sache aber zu seinen Ungunsten aus, so sühnt er mit Gewette, Wergeld und Verbannung, des Lebens bleibt er indes gesichert. Läßt man ihn sowieso vorläufig ungekränkt, so ergeht von seiten des Rats das gewöhnliche Friedgebot, d. h. zuerst für acht Tage und dann bis zum Austrag des Handels. Wer dies Gebot übertritt, gilt als Friedbrecher[92]).

Mit Kundwerden des Todes des Verwundeten aber ist es mit dem Frieden vorbei; die halberloschene Fehde flammt wieder auf, und der Täter kann, sofern er nicht inzwischen das Weite gesucht hat, ungestraft festgenommen werden. Wurde hingegen die Wunde scheinbar völlig geheilt, dies von dem Wundarzt bestätigt und hierauf der Verletzte so weit wieder hergestellt, daß er auf die Straße und in die Kirche gehen konnte, so schadet sein Ableben dem Täter nur noch insofern, als er auch dann zur Entschädigung der Sippe verpflichtet bleibt. Weniger Umstände macht man mit Ausleuten; diese nimmt man ja schon bei Unfug fest, um der Buße sicher zu sein, um so mehr bei tödlichen Wunden[93]).

1369 erschlugen M. Bürger den Ulrich Wolfsattel. Er hinterließ zwei unmündige Söhne. Die Freundschaft derselben erklärte sich mit 670 Pfund für befriedigt und verpflichtete sich, jene, sobald sie zu ihren Tagen gekommen, zu zwingen, das Recht zu vollführen, d. h. Urfehde den Tätern gegenüber zu leisten und sie im Fall der Weigerung weder zu hausen noch zu hofen[94]).

Das gerichtliche Gewette gleitet zu jener Zeit noch in des Landvogts Tasche[95]). Natürlich finden auch in M., wie anderswo, die üblichen Seelmessen und Wallfahrten zur Sühne des Ableibs wie zur Versöhnung mit des Getöteten Seele statt.

Die späteren Satzungen unterscheiden sich von den älteren nur wenig. Der auf frischer Tat ergriffene Totschläger wird gerichtet; gelingt es aber dem Verfolgten, »an sein Gewahrsam« zu kommen, so daß man

---

[91]) StR. 258; siehe meine Ausgabe des Rechtsbuchs Ruprechts von Freising Art. 27, 28.

[92]) StR. 256 b. [93]) StR. 256 b, 283. [94]) Urk. Nr. 63.

[95]) Nach Vertrag von 1495 entrichtet die Stadt für das Recht, Totschläger selbst bestrafen zu dürfen, dem Landvogt jährlich 25 Pfund hlr., L 4, 158.

seiner nicht habhaft werden kann, so hat er 50 Gulden Buße zu entrichten, sich mit der Freundschaft auseinanderzusetzen und, wie früher, 5 Jahre die Stadt zu meiden. Vor Bezahlung der Buße darf er diese nicht wieder betreten. Bezüglich der Seelmessen wird zu Ausgang des 15. Jahrhunderts verordnet, daß man nur, wenn Bürger oder Knechte als Täter in Betracht kommen, um Kerzen bitten soll[96]).

Mord. Im Gegensatz zum ehrlichen Totschläger gilt der Mörder als schädlicher Mann und wird demgemäß mit zwei bzw. sechs Helfern überwunden. Statt des Leichnams genügen eine Haarlocke oder ein Gewand des Opfers als Schub. Ist es überhaupt zweifelhaft, ob Mord oder Totschlag vorliegt, so entscheidet auf Antrag der geschädigten Sippe der Rat. Die Strafe des Mörders ist Ausschleifen und Rädern, der Mörderin Lebendigbegraben[97]).

Leibesverletzungen.

An Raufereien und sonstigen Gewalttätigkeiten ist auch in der biedern Schwabenstadt kein Mangel; dies erweisen schon die ausführlichen Friedbruchbestimmungen. Wer einen Frevel verübt mit Schlagen oder Stechen, sofern keine Friedbrechwunde zugefügt wird, mit Frevelworten ohne Dieb-, Fälscher- und Mörder-Heißen, mit Waffenzucken, hat auf ein Monat die Stadt zu verlassen unter Eid, daß er dies innerhalb acht Tagen befolgen, während der Strafzeit die Heimat nicht betreten und endlich noch 30 Schilling erlegen werde. Frevel von Frauen werden nach Erkenntnis des Rats geahndet. Nachwerfen von Messern, Kugeln, »Maussen« und dergleichen werden an anderer Stelle mit 5 Pfund und 1 Jahr bedroht. Anscheinend fällt hier das besonders feige Vorgehen straferschwerend ins Gewicht[98]).

Ist der Verwundung auf den Tod bereits beim Totschlag gedacht, so kommt auch der sogenannten Friedbrechwunde eine bedeutsame Stellung zu. Es handelt sich bei dieser um eine sehr schwere Verletzung: Einschlagen der Hirnschale, Blenden, Abschlagen der Nase, des Ohrs oder eines sonstigen Gliedes. Sie muß so tief wie das vordere Glied des Daumens sein, auf ihre Weite kommt es nicht an. Der Wundarzt hat sie eidlich festzustellen. Wir haben es also hier mit Leibschäden zu tun, welche in andern Gesetzen, wie bei Ruprecht von Freising, zu den Lähmungen zählen. Im M. Recht sind sie indes diesen keineswegs gleichgestellt. Das Schlagen einer Friedbrechwunde wird als Unzucht qualifiziert und mit 5 Pfund und 1 Jahr geahndet; außerdem sind an den Kläger 5 Pfund Ersatz zu entrichten, falls er sie nehmen will[99]).

Wenn ein Bürger einen Ausmann mißhandelt, so riskiert er Buße, doch niemals Verweisung. Freveln Ausleute, so nimmt man sie zur Sicherung der Besserung fest, zudem haben sie die doppelte Strafe zu erdulden. Hinsichtlich der straflosen Verletzung (außer Totschlag) bei Abwehr des Heimsuchers oder sonstigen Schadenstifters siehe bei Heimsuchung und Sachbeschädigung[100]).

96) L 10 G 7; L 11, 24. 97) StR. 258. 98) StR. 277, 278.
99) StR. 273, 274. 100) StR. 282, 283.

In der ersten Ainungs-O. sind das »fräfeliche« Schlagen ohne Waffe, das Haarraufen und Waffenzucken mit 2 Pfund und 1 Monat bedroht. Geschah letzteres jedoch in Notwehr, so hat der Gegner, der zuerst gezuckt, die doppelte Poen zu tragen. Bei der fließenden Wunde sind 3 Pfund und 1 Monat, bei der Friedbrech-, Beinschrot- und Lahmwunde 10 Pfund und 6 Monat vermerkt. Außerdem sollen die Ainiger dem Verletzten behufs Ersatz der Schmerzen und Schäden 10 Pfund zuerkennen[101]).

Beim Werfen mit Messern und dergleichen ist es gleichgültig, ob der Frevler trifft oder fehlt. Er sühnt mit fünf Pfund und drei Monat, doppelt, wenn durch den Wurf ein anderer als der hiermit Bedachte getroffen wurde; auch hier hat der Kläger Anspruch auf Ersatz[102]).

Einer, der seine Tochter gefährlich schlug und mißhandelte, hat 1430 nach Entlassung aus dem Gefängnis besseres Verhalten eidlich zu versprechen; seine Verwandten verbürgen sich mit 1000 Gulden hierfür[103]).

Ehrverletzungen.

Sie zählen an sich als Mißhandeln mit Worten zu den gewöhnlichen Freveln und werden mit 30 Schilling und 1 Monat geahndet. Beachtenswert ist das Übelreden unter Augen. Wer mit unbescheidenen Worten, die nicht so beleidigend, daß sie schon an sich unter einer schweren Norm stehen, einen unter Augen mißhandelt, soll nach Ratserkenntnis bessern, und zwar auf der Stelle, wenn dies vor dem Rat oder vor Gericht geschah[104]). Wer die geschworenen Schauer und Schätzer oder andere Amtleute und Büttel unter Augen in Hinblick auf ihr Amt und eventuell als Fälscher verleumdet, sühnt mit 5 Pfund und 1 Jahr. In anderen Fällen entscheidet wieder der Rat: »und geloubet man den geschwornen amptlüten uff ir aid und dysen nit«[105]).

Wer zu einem Bürger sagt: »Er lüge oder sei ein schel,« muß ein Jahr aus der Stadt oder 1000 Ziegelsteine dafür leisten. Begeht dies ein Gast dem Bürger gegenüber, so hat er das Doppelte zu entrichten. Straflos bleibt endlich der Bürger, wenn er den Gast oder seine eigenen Ehehalten und Tagwerker auf solche Weise kränkt[106]).

Wer den andern meineidig heißt, hat an dem Eid gefälscht und ist eines großen Frevels verfallen, das heißt 5 Pfund und 1 Monat; es wäre denn, daß jener vor dem geistlichen Gericht eines Meineids überwiesen wird. Diese Buße zieht sich auch der zu, welcher einen wegen Meineids vor Gericht lädt und ihn dessen nicht zu überführen vermag[107]).

Wie erwähnt, verdoppelt sich die Buße bei Unzucht und Frevel vor der Stadt, auf dem Heerzug, vor Rat und Gericht, auf dem Markt und bei offenen Tänzen. In dem Ainungsbuch sind noch Kirche, Kirchhof, Brot- und Kornhaus, Wage, Metzg, Bad aufgeführt; auch Frevel unter den Kramläden und Toren werden zwiefach gebüßt[108]).

---

101) L 10 A 7; L 14, 9; L 10 A 8. 102) L 14, 9; L 10 A 8.
103) Urk. Nr. 235. 104) StR. 284. 105) StR. 284.
106) StR. 284. 107) StR. 275, 276. 108) StR. 279, 280.

In dieser Ordnung sind auf Fluchen, Schelten und »fräfeliches« Lügen-Heißen 10 Schilling und 14 Tage, auf Mörder-, Dieb-, Ketzer-, Bösewicht- und Meineidig-Heißen 3 Pfund und 3 Monat gesetzt; doch können diese Bußen nach Lage der Sache gemehrt oder gemindert werden. Wer demnach die Beschimpfung im Zorn (on verdahten mut) ausstößt, den trifft nur die halbe Ahndung; keine Gnade soll indes dem gegenüber walten, der bedächtlich oder vermessentlich, das heißt in böser Meinung, verfuhr oder Amtleute und andere ehrbare Leute schmähte [109]). Das ungefährliche Beschütten aus den Häusern kostet 5 Schilling, mehr, wenn es gefährlich oder mit Unsauberkeit geschah [110]).

Diebstahl.

Dieser wird völlig nach landrechtlichen Normen behandelt, so daß seiner Bestrafung im StR. nur mit wenigen Worten gedacht ist. Übersteigt das entwendete Gut an Wert 5 Schilling, so wird der Dieb gehenkt; bei unter 5 Schilling entschlüpft er mit Ohrabschneidung oder anderer Leibesstrafe nach Ratserkenntnis. Im übrigen sei auf das Übersagen der schädlichen Leute und den Anefang verwiesen. Nach späterer Satzung riskiert der Käufer »diebischen« Gutes ewige Verweisung [111]).

Betrug und Wucher.

In der ältesten Ainungs-O. ist der Zechprellerei gedacht, deren Tatbestand erfüllt ist, wenn der Trinker am Morgen nach dem Gelage seine Schuld nicht bereinigt. Die Strafe ist 5 Schilling und 8 Tage; den Ausmann soll man mit 10 Schilling bedenken und ihn für eine Woche »hereingebieten«. Wer nicht zahlt, den legt man in den Keller, das heißt in das Ratsgefängnis [112]). 10 Schilling hat nach StR. der zu entrichten, der ohne des Rats Willen Bürger wegen Wuchers und »ubernütz« vor Gericht lädt, noch mehr, wenn er hierbei besonders »gefährlich« vorgeht. 1488 heißt es, daß, wer Geld um Geld leiht, an Leib und Gut gestraft werden solle; die Forderung selbst ist vom Rat oder Gericht zurückzuweisen [113]).

Sachbeschädigung.

Betrifft einer einen Bürger oder Fremden, wie er ihm böswillig Schaden zufügt, so darf er ihn auf jede Weise mißhandeln, ihm also auch ein Auge ausschlagen oder einen Arm brechen, sofern die Züchtigung nur nicht den Tod des Frevlers nach sich zieht. Der Vollzieher dieses Privatstrafrechts bleibt ebenso wie im Falle der Heimsuchung straflos,

---

109) L 10 G 38; StR. 284. 110) L 10 A 7. 111) StR. 251; L 11, 18.

112) L 10 A 15; G. der Wilhaimer, Bürger zu M., hat sich zu Frankfurt mit seiner Kaufmannschaft anders übergangen, als er billig sollte. Es kam dem Rat zu Ohren, man führte viel Kundschaft, Sage, Rede und Widerrede. Er muß 1000 Gulden erlegen, und er darf, wie auch seine Familie, solange er lebt, kein Gewand mehr schneiden und verkaufen, 1397 Okt. 27. Urk. d. Stadtarchivs M. Schubl. 131/1.

113) StR. 271; unredlich Kauf und Darlehen an Leib und Gut, L 11, 33.

doch muß er das Finden auf wahrer Tat beschwören, wie daß die Schädigung des Gegners nicht als Äußerung einer zwischen ihnen bestehenden Fehde angesehen werden kann. Ist der Beklagte geständig, so soll ihn der Amtmann obendrein wegen Unzucht zur Rechenschaft ziehen; dem Kläger aber hat er 1 Pfund zu erlegen, sofern nach Lage der Sache kein höherer Ersatz beansprucht werden darf. Wer den Bürgern Schaden an Holz, Brettern und andern städtischen Gegenständen zufügt, büßt mit 30 Schilling und 1 Monat; wer aber im Gemeindeholz unbefugt etwas schlägt oder fortfährt, mit 2 Pfund. Bezüglich des Schädigens an Ehre und Gut in Haus und Gemach siehe bei Heimsuchung [114]).

Fälschung.

Die wichtigste Art derselben, das heißt die Münzfälschung, erfährt im StR. keine Berücksichtigung. Wer mit unrechtem Gewicht oder Maß ertappt wird, sühnt mit 30 Schilling, handelt es sich nur um ein halbes Pfund oder weniger, mit 15 Schilling, es müßte denn der Schmied erklären, daß der Fehler von ihm selbst herstamme und ohne Bedeutung wäre. Der Rat ahndet dann nur, sofern dieser trotzdem als gefährlich erachtet wird [115]). Keiner darf Wachs wider das Herkommen läutern oder mischen bei 5 Pfund und 1 Jahr. Wer mit Weidasche verfälschten Wein wissentlich kauft, um ihn auszuschenken, riskiert 10 Pfund und 1 Jahr. Er darf ihn jedoch anderswohin führen [116]). 30 Schilling und 1 Monat treffen den, der Met zuviel Wasser zusetzt [117]).

Verbotenes Spiel.

Man darf nicht um Spielgeld richten noch pfänden, es sei denn, daß einer ohne Zwang etwas hergibt. Bei untersagtem Spiel fällt der Gewinn zur Hälfte an die Stadt, und man hat dennoch zu bessern, das heißt zu büßen. Wer in seinem Haus oder Gemach spielen läßt, den trifft doppelte Ahndung [118]).

Später ist Spiel nur um bar Geld erlaubt, nicht auf Pfand, Bürgschaft, Briefe oder andere Vertröstung hin; ebensowenig darf man auf Spiel leihen. Wer dies übertritt, geht nicht nur jedes Anspruchs verlustig, sondern wird auch nach Gelegenheit der Sache »hertiglich« gestraft. Festnahme behufs Erlangung des Gewinns ist ebenso unzulässig. Kindern ist das Spielen um Geld überhaupt nicht gestattet, Minderjährigen nicht auf dem Bubenplatz und anderen Spielorten, und zwar hauptsächlich, um Gotteslästerungen vorzubeugen. Wer Kindern und Ehehalten zum Spiel Geld leiht, verfällt 10 Pfund und 1 Jahr [119]).

Sittlichkeits- und Religionsdelikte.

Sie unterstehen in Memmingen dem geistlichen Forum. Abgesehen vom Tötungsrecht des Ehemannes bei Ehebruch ist nur unter Hinweis

---

114) StR. 276, 277.
115) StR. 295.
116) StR. 296, 304.
117) StR. 304.
118) StR. 293.
119) L 11, 22; L 10 A 11; L 10 G 11, 12.

auf ein bestimmtes Vorkommnis ausgesprochen, daß der Frauenentführer in Zukunft als schädlicher Mann gerichtet werden soll[120]. Wie in anderen Städten, so mag endlich auch in Memmingen der gemeingefährliche Unfug des sogenannten Abheiratens von Bürgerstöchtern im Schwang gewesen sein, wobei besitzlose Einheimische und Fremde darauf ausgingen, die Kinder wohlhabender Bürger zu verführen und damit — da es einer kirchlichen Trauung damals noch nicht bedurfte — zur Ehe zu zwingen. Um diesem egoistischen Treiben Abbruch zu tun, ordnete man einerseits Strafen für den Verführer und andererseits vermögensrechtliche Nachteile für dessen Opfer an. Wer demnach eine Bürgerstochter unter fünfzehn Jahren ohne der Eltern und Verwandten Wissen und Willen zur Ehe verführte, den verurteilte man zu 10 Pfund und 5 Jahren, und zwar im Falle der Nichtzahlung der ersteren zum Verlust der Hand. Außerdem erlosch für seine Frau jeder Anspruch auf das elterliche Erbe[121].

Später verschärft sich das Eheverbot insofern, als Söhne unter vierundzwanzig und Töchter unter zwanzig Jahren, welche ohne ihrer Eltern Rat geheiratet haben, ihres Erbrechts verlustig gehen. Wird eines Biedermanns Sohn oder Tochter angesprochen, er habe heimlich der Ehe zugesagt, kommt dies unter die Leute und vor Gericht und erweist es sich als unwahr, so sollen die Frevler für immer die Stadt räumen. Liegt also ein derartiges Versprechen vor unter Vollzug der Ehe nach damaliger Rechtsanschauung (copula carnalis), so muß auch der Rat jene als vollgültig respektieren; die Frevler riskieren lediglich bei mangelnder Ehemündigkeit die obengenannten Rechtsnachteile. Des Landes sollen auch Dirnen, welche Ehemänner verführen, verwiesen werden[122].

Bei Meineid ist später Strafe an Leib und Gut nach Ratserkenntnis angedroht; es wird also wohl hierüber nicht mehr vor dem geistlichen Gericht verhandelt. 1515 verweist man einen Gotteslästerer wegen böser, unmenschlicher Schwüre nach Prangerstellung für Lebzeiten (zehn meil wegs hindan) der Stadt[123].

Delikte wider Stadt und Rat.

Wer in der Stadt »anders denn gewonlich ist« einen Auflauf oder eine »Sammnung«, aus der für das Gemeinwesen wie die Obrigkeit Schaden erwachsen könnte, herbeiführt, soll mit Weib und Kind für ewig in die Fremde wandern. Sollte jedoch der Täter besonders gefährlich vorgegangen sein, so trifft ihn zudem Strafe an Leib und Gut[124].

Ausführlicher äußern sich die späteren Satzungen: Entsteht ein Aufruhr, so darf, zumal im Zunfthaus, keine Waffe gezückt werden, es würde denn zur Erzwingung des Friedens durch den Zunftmeister oder einen des Rats ausdrücklich geboten. Jeder Bürger hat bestrebt zu sein, die Unfriedsamen zur Ruhe zu bringen; wer unbotmäßig, sühnt

---

120) StR. 258, 311. 121) StR. 301.
122) L 11, 46; siehe mein Nürnb. Kriminalrecht, 209 ff.
123) L 11, 13; L 3, 23; L 10 G 23. 124) StR. 295.

mit 5 Pfund und 6 Monaten. Ist die Anwendung von Waffen benötigt, so bleibt jede nicht tödliche Verletzung bußlos, sofern der gut beleumundete Täter beeiden kann, daß es um des Friedens willen geschehen [125].

Wer aber heimlich oder offen eine Verschwörung anzettelt oder Zusammenkünfte, die Aufruhr und Empörung heraufbeschwören können, veranlaßt, wie auch in die altherkömmliche Wahlhandlung (des Rates) eingreift, soll wie ein wirklicher Empörer Leib, Leben und Gut verwirkt haben und ohne weiteres Urteil auf offenem Markt gerichtet werden. Frauen sind im Sack zu ertränken; ist der Verbrecher noch zu jugendlich, so soll man dessen Eltern zur Rechenschaft ziehen. Wer endlich von einem solchen Unternehmen Kenntnis erhält und dies nicht sofort zur Anzeige bringt, steht dem Aufrührer gleich, zum mindesten soll er durch den Nachrichter seiner Ehren entsetzt und für immer verwiesen werden [126].

Das Verbot, heimliche Gesetze, Ordnungen und Gelöbnisse zu schmieden und andere darauf zu verpflichten, ist vor allem auch für die Zünfte erlassen. Des Bürger- und Zunftrechts verlustig gehen und für ewig verbannt werden soll der, der ohne Ratserlaubnis in fremde Kriegsdienste tritt. Das frevelhafte Unterfangen des Remus, nämlich das Klimmen über Mauer und »Getüll« bei Nacht, wie das Schädigen der Bauten, Türme, Gräben usw. werden, wenn der Täter dessen mit Männern und Frauen überwiesen ist, mit 1 Pfund und 1 Monat, 1430 sogar mit 50 Pfund und 1 Jahr bedroht [127]. 1445 entwendeten einige den Stadtboten Briefe, erbrachen, lasen und vernichteten sie. Sie mußten Urfehde schwören und erklärten sich bei Bruch derselben als meineidige, ehrlose Bösewichte, die fortan nicht würdig wären, am Leben zu bleiben [128].

An Leib und Gut wird der gestraft, der Ratsgenossen durch Zureden und Nachreden in der öffentlichen Meinung heruntersetzt. Des Mißhandelns der Amtleute mit Worten oder Werken wurde an anderer Stelle gedacht. Wer unbefugt von einem Bürger oder Ausmann Ratschatz nimmt, sühnt mit 1 Jahr; in besonders schwerem Fall wird sein Name im Bürgerbuch gestrichen [129].

Es ginge nun zu weit, auch die stattliche Reihe der Polizei-VO. zu durchlaufen. Ich erwähne hier nur die Verbote Tauben zu fangen, Federspiel zu halten, Ehehalten »abzulückern«, d. h. ihrer Herrschaft zu entziehen, trotz Aufkündung die bisherige Wohnung nicht zu räumen [130]. Manche interessante Bußsatzung schließen auch die Steuer-, Bau- und Hochzeits-O. in sich. Der Büttel spielt bei jedem Hochzeitsmahl die Rolle des wohl gebetenen, aber unbequemen Gastes, der sorgfältig auflauert, ob hierbei nicht zu viel Luxus entfaltet wird, und diesfalls den »Unzüchter« sogleich auf den Bruch des Gesetzes hinweist. Früher war

---

[125]) L 10 G 5. [126]) L 10 G 38.
[127]) L 11, 5, 51; StR. 293 294.
[128]) Urk. Nr. 315. [129]) L 10 G 38; StR. 294.
[130]) L 10 A 12, 16; L 10 G 11.

die Gesellschaft noch auserlesener, da auch gemeine Weiber und des Nachrichters Weib und Magd Hochzeiten beizuwohnen pflegten[131]).

Zahlreich sind auch die Kaufverbote. Zumal soll niemand »essig Ding«, d. h. Eßwaren kaufen, ehe sie auf den Markt gelangt sind. Manche Viktualien, wie Fische, Käse, Heringe, Nüsse, dürfen nur im großen gekauft und wieder verhandelt werden. Ausleuten ist der Verkauf von Schmalz und Hühnern untersagt. Ähnliche Beschränkungen findet man auch beim Handel mit Tüchern und Baumwolle. Güter im Stadtbezirk können nur mit Zustimmung des Rats an Nichtbürger veräußert, vertauscht und sonst verschrieben werden, ebenso Reichnisse hieraus. Der Übertreter dieser Vorschrift gewärtigt nicht nur Strafe, sondern der Vertrag selbst gilt als »unkräftig und unbündig«[132]).

Zum Schluß sei hier zu striktem Gegensatz ein Delikt des Rates wider einen seiner Bürger angeführt, d. h. ein Justizmordfall, der in Rücksicht auf seine Behandlung durch Kläger und Richter nicht ohne Interesse scheint.

1481 erhebt eine Memmingerin nach verschiedenen beim Dreizehnergericht vergebens unternommenen Versuchen gegen die Stadtväter vor dem Rat zu Kempten folgende Klage: Ihr Vater sei auf Betreiben des M. Rats nach Folterung unschuldig zu Eßlingen gerichtet worden (als sich auch das werlich und am tag augenscheinlich erfunden), ihre Mutter und Geschwister habe man deshalb geschmäht und »entuneret«, auch ihr eigenes Kind gelte darum als Bankert. Man habe ihr nun auch ihre Habe genommen und die Stadt verboten. Der M. Anwalt weist sie zurück: Jenes sei durch die Vorfahren geschehen, und diese hätten gehandelt, wie es eine löbliche Stadt des Reichs wohl tun konnte. Warum man sie verbannt, brauche er ihr nicht zu eröffnen, sie wäre eben dem Rat nicht mehr füglich gewesen. Die Klägerin entgegnet, es hätten etliche von M. sie aufgefordert, zu tädingen, d. h. sich zu vergleichen, und ihr gedroht, sie zu stöcken, zu blöcken, ins Wasser zu werfen und lebendig zu begraben. Man hätte ihr dann, wiewohl sie nur als fromme Frau gehandelt, das Ihrige geraubt und sie verjagt. Da der Rat ihrem Vater Unrecht getan, begehre sie, über diesen zu richten wie über übeltätige Leute. Schließlich entscheidet der Kemptner Rat, daß die von M. der Klägerin wegen des Richtens ihres Vaters wie ihres Stadtverbots nichts schuldig seien, da M. von Kaisern und Königen gefreit und »solcher Gebrauch im Reich loblich Herkommen sei«[133]).

(Forts. folgt.)

---

[131]) L 10 G 31, 46, 48.

[132]) StR. 315, 320; L 10 G 4, 9f.; L 11, 33, 49; L 10 A 16.

[133]) Urk. Nr. 418; nach Privileg v. 1471 heißt es: wer gegen den Memminger Rat zu klagen hat, soll vor dem Rat zu Augsburg, Ulm, Biberach, Ravensburg oder Kempten klagen, sonst vor dem Stadtgericht Memmingen, L 4, 119; 1447: der Stadtammann zu Ulm bestätigt, daß der Memminger Rat geschworen habe, daß er dem H. Schuegg solche Schlüssel nicht entwert, auch von der verlornen Habe nichts behalten habe und daher nichts schuldig wäre. Der mehrer Teil des Rats schwört an drei Tagen gelehrte Eide mit aufgehobenen Fingern in der Ratsstube, Urk. Nr. 324, ebenso in einer andern Sache, Nr. 325, 328.

Beweis im Strafprozeß.

Von Josef Kohler.

§ 1.

Die dankenswerte Ausführung von Bendix (S. 31 f.) zeigt, daß unsere Altvodern nicht so sehr unrecht hatten, wie man vielfach glaubte, und daß das Allheilmittel der freien richterlichen Beweiswürdigung doch auch seine schweren Schattenseiten hat, insbesondere wenn es sich um Ermittelung interner Zustände handelt, welche im Strafprozeß oft eine der wichtigsten Aufgaben ist. Je mehr man sich den Zweck vergegenwärtigt, gerecht zu urteilen und die Schuld in einwandfreier Weise festzustellen, um so mehr treten die Schwierigkeiten hervor, die der Richter zu bewältigen hat. Es ist nicht zu vermeiden, daß seine Subjektivität, seine Lebensanschauung, seine Stimmung, seine persönlichen Eindrücke unter der Schwelle des Bewußtseins wirken, so daß ein Urteil entsteht, das er wie eine sichere Erleuchtung seines Innern betrachtet, das aber seelisch durch die allermannigfaltigsten Einwirkungen bedingt und geleitet ist.

Aus diesem Grunde ist es begreiflich, daß die alten Bildner unseres Strafrechtes und Strafprozesses einstens zu dem Satze kamen, daß auf bloße Verdachtsgründe hin niemand verurteilt werden dürfe.

Der Mittel, Abhilfe zu bieten, hatte man im Laufe der Zeit verschiedene: Gottesurteil (eigentliches Ordal und Zweikampf), davon abgeleitet der Reinigungseid, und im Gegensatz dazu das Übersiebnen.

Alle diese Mittel verschwanden hinter der Folter.

Die Folter war ein barbarisches Institut, welches im Altertum vor allem gegen Sklaven gebraucht und hier als das Allheilmittel betrachtet wurde, um aus diesen Menschen niederster Sorte die Wahrheit herauszuzwingen, so sehr, daß es Demosthenes als eine Kränkung empfand, wenn sein Gegner nicht zur Erforschung der Wahrheit die Sklaven auf die Folter legte. Es war schon ein Verderb und ein mangelnder Bürgersinn, als auch freie Menschen gefoltert wurden, und bei den Römern ist es namentlich die Verfolgung wegen crimen majestatis gewesen, welche allmählich auch Nichtsklaven der Folterqual unterworfen hat, bis dann später die quaestio auch bei freien Menschen üblich geworden ist; und so war sie üblich bei den Romani in Italien und Spanien, und von ihnen ist sie dann als allgemeines Institut übernommen worden. Zunächst waren es die gemeinschädlichen Leute, die man folterte, bis später der Satz auftauchte, daß, wenn jemand im einzelnen Falle in schweren Verdacht kam, er insofern wie ein schädlicher Mann betrachtet und der Folter unterworfen wurde. Über diese Entwickelung ist bereits früher gehandelt worden (Goltd. Arch. 56, S. 5 f.).

§ 2.

Die Frage, ob aus bloßen Indizien oder Präsumtionen eine Verurteilung erfolgen könne oder nur aus der Angabe von mindestens zwei Personen, welche die Tat bezeugten, oder einer Urkunde, aus der die

Tat selbst hervorging, war eine bei der Postglosse heiß umstrittene Frage. Von entscheidender Bedeutung waren insbesondere auch hier Gandinus, Bartolus, Baldus und Clarus. Gandinus erklärte in einer wichtigen Stelle, nachdem er die Gründe für und wider in recht gelehrter Weise erwogen hat, daß es in Bologna und auch sonst allgemeine Überzeugung sei, daß auf Grund bloßer Indizien nicht auf Personenstrafe, sondern nur auf Geldstrafe erkannt werden dürfe, denn da bei der persönlichen Strafe die Gefahr viel größer sei, so seien hier bloße Verdachtsgründe nicht genügend. Solche Verdachtsgründe dürften höchstens zur Folter führen, um den hartnäckigen Verbrecher zum Geständnis zu bringen. Diese Ansicht billigte auch Bartolus in einer berühmten Stelle (zu fr. 22 de quaest.):

ex suspicionibus quis torquetur ad eruendam veritatem; non tamen ex suspicione quis damnatur. Ideo dico hic, quod sunt quidam iudices stulti, qui statim, cum habent indicia contra reum, cogunt eum ad confitendum. Certe hoc non debet fieri: quia condemnarent eum ex indiciis et suspicionibus; sed debent adhibere tormenta cum moderamine et ex istis veritatem investigare. Et ita iam feci pluries fieri: sed si habita tortura non inveniebatur verum, absolvebam eum, et hoc faciebam scribi in actis: Habita tortura cum moderamine non reperi eum culpabilem, et hoc, ne tempore syndicatus possit dici: Tu debuisti eum torquere.

Anders Baldus (zu c. 8 de quaest.), welcher zwischen indicia dubitata und indubitata unterschied. Er nahm an, daß aus unzweifelhaften Inzichten auch eine Verurteilung ergehen könne. Die Stelle lautet:

An tot et talia possint esse indicia, quod ex ipsis solis absque tortura aliqua veniat ad condemnationem: Dic quod sic. Unde distingue: aut sunt indicia dubitata, et ex eis non potest sequi condemnatio, sed tortura, quando sunt verisimilia et prohabilia, et ita loquetur haec litera. Aut indicia sunt indubitata, et tunc ex his absque alia tortura potest veniri ad condemnationem.

Hierbei spielte das c. 25 de probat. (4, 19) eine große Rolle:

sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.

Zu diesen entgegengesetzten Meinungen trat noch eine weitere, welche sich auf eine bekannte Stelle von Innocenz IV. stützte (zu c. 10 X de praesumt.); die Stelle lautet:

ubi ex praesumtionibus proceditur, multum debet judex temperare sententiam et maxime ne condemnet, nisi raro et modice ad poenam (nec) pecuniariam nec corporalem.

Auf Grund dessen erklärte man, daß im Falle der bloßen Indizien zwar eine Verurteilung ergehen könne, aber nur mit Maßhaltung und nur bis zu einer poena extraordinaria, insbesondere also nicht bis zur Todesstrafe. Diese Ansicht wurde vertreten von Clarus lib. V § fin. quest. 20, welcher sich hierfür auch auf den Gerichtsgebrauch des Mailänder Senats bezog. Er erwähnt insbesondere, daß im Jahre 1557 ein indiciis indubitatis gravatus de homicidio infolgedessen nur zu 10 Jahren Galeeren verurteilt worden sei. Er nimmt aber den Fall des Assassinium und der Ketzerei aus, auch den Fall der Simonie, denn bei diesen

besonders schweren Verbrechen könne auch kraft der Indizien mit der poena ordinaria gestraft werden.

Man sieht hiernach, daß die moderne Theorie, wonach der Richter bei schwankendem Beweise sein Gewissen durch Festsetzung einer milderen Strafe beruhigen kann, bereits in dieser Zeit bekannt war. Innocenz IV. bezog sich dabei auf das salomonische Urteil und darauf, daß der weise König, obgleich hier die eine der Streitenden sicher verbrecherisch handelte, nicht auf Strafe erkannte.

Zwischen den verschiedenen Meinungen schwankte die Literatur des 14., 15. und 16. Jahrhunderts hin und her. Es ist nicht erforderlich, die Schriftsteller geringeren Ranges in ihren Meinungen weiter zu verfolgen, wie zum Beispiel Brunus, Bossius; es genügt, auf die zahlreichen Zitate bei Decianus, bei Clarus und bei Farinacius zu verweisen.

Wie aber die Folterung in Italien schon zu Zeiten des Gandinus praktisch geübt wurde, zeigen die dortigen Strafakten.

Bologna 1289:

Postea dictus Guillelmus aliquantulum positus ad cordam in presentia ... judicis ... notarii ... officialium comunis Bononie et in presencia ... notarii ad confessiones audiendas ... dixit et confessus fuit ...

Bologna 1294:

quod ponant ad tormenta dictum Julianum, dummodo persone, que debent esse presentes secundum formam statuti ... intersint.

Bologna 1299:

Menghus Ugolini ... depositus de tormentis, constitutus in presentia ... judicis et ... officialium, dixit et confessus fuit[1]).

Im Florentiner Stadtrecht von 1322—25 wird die Folter mehrfach erwähnt. Wir wissen, daß man in Florenz besonders Sarazenische Folterknechte benützte, und der Lehrer Dantes, Brunetto Latini, spricht sich in seinem Tresor folgendermaßen über die Folter aus[2]):

Or avient aucune foiz es grans crimes, que il ne pueent estre seuz ne provez certainement, mais l'on trueve bien contre celui qui est acusez aucunes enseignes et fors argumens de sospecion. En ce point om le puet bien metre en gehine por faire li regehir sa colpe, et autrement non. Et si di je que à la gehine li juges ne doit pas demander, se Jehans fist le murtre, mais generaument doit il demander qui le fist.

§ 3.

Bei Schwarzenberg wird die Ansicht des Gandinus und Bartolus völlig versteinert. Die etwaigen Besonderheiten, welche die früheren Juristen noch gelten ließen, finden sich nicht mehr. Das Dogma: entweder zwei Zeugen der Tat selbst oder Geständnis oder Folter wird nun zur ausschließlichen Norm.

Und während deutsche Stadtrechte schon früher gefoltert hatten, so ist durch Schwarzenberg die Folter zum System erhoben worden; mit ungeheurer Gründlichkeit hat er aus dem italienischen Rechte das Institut herausgestaltet, in ausführlicher Systematik die Lehre von den

[1]) Sämtliche bei Kantorowicz, Gandinus I, S. 212, 235, 333.

[2]) Über alles dieses Kohler und Azzi, Das Florentinische Strafrecht (1909), S. 218.



Inzichten (Indizien) entwickelt und den Satz zur Geltung gebracht: die Indizien können nicht zur Verurteilung führen, wohl aber zur Folter; doch müssen es schwerwiegende, tief belastende Indizien sein.

Wie leichtfertig dies später vielfach in Deutschland geübt wurde und wie sehr der Strafprozeß infolgedessen entartete, ist allgemein bekannt; allerdings hat Schwarzenberg selbst durch die frevelhafte Art und Weise, wie er die Indizien für die Zauberei festsetzte, der Hexenverfolgung unendlichen Vorschub geleistet.

Die Bestimmungen der Bambergensis und später der Carolina sind so bekannt, daß darüber nicht weiter zu handeln ist, zudem in den Ausgaben beider Gesetze von Kohler und Scheel entsprechende Register vorhanden sind.

§ 4.

Erleuchtete Fürsten, vor allem Friedrich II. und Josef II., haben die Folter aufgehoben; die Aufklärung hat sie beseitigt: der Gedanke des Rechtes der Persönlichkeit ist mit solcher Kraft erwacht, daß man heutzutage eine jede derartige Einwirkung auf den Angeklagten verwirft und von dem Grundsatz ausgeht, daß er ein Recht hat, nicht zu gestehen, und daß ein Geständnis in keiner Weise erpreßt werden darf. Jedoch muß zur Steuer der historischen Wahrheit hervorgehoben werden, daß die Folter nicht so unsinnig war, wie es der ungeschichtliche moderne Rationalismus anzunehmen pflegt. Daß das Geständnis auf der Folter nicht dieselbe Beweiskraft hat wie das Geständnis außer der Folter, ist ja richtig; dies erkennt schon die Postglosse an; insbesondere sagte bereits Bartolus zu fr. 1 § 23 de quaest.:

quando quis torquetur in se tantum, tunc est validior confessio facta sine tormentis quam cum tormentis.

Allein trotz dieser Erkenntnis drang die Folter durch; denn man war überzeugt, daß sie vielfach dazu helfen könne, harte und verstockte Naturen zum Reden zu bringen und die Geheimnisse aus ihrem Innern herauszuholen. Wenn es auch vorkam, daß einmal ein Unschuldiger ein Geständnis ablegte, so waren doch die Fälle unendlich viel häufiger, daß der Schuldige, der sich bisher mit Ausreden beholfen hatte, nun wirklich zur Erzählung des wahren Sachverhaltes genötigt wurde. Vor allem konnte die Folter als Enquête préalable den Angeklagten zur Bezeichnung der Mittäter und sonstiger Beteiligten bringen; aber auch sofern sie das Geständnis der eigenen Tat erzwingen sollte, konnte sie vielfach zu richtigen Resultaten führen. Vor allem galt folgendes: Die Folter sollte nicht etwa bloß ein Ja oder Nein erpressen, sondern den Angeklagten zu einer umständlichen Erzählung des Sachverhaltes veranlassen, woraus man das Material entnahm, um der Tat im einzelnen auf den Grund zu gehen: man prüfte, ob die von dem Gefolterten angegebenen Umstände sich bewahrheiteten oder nicht; so wenn zum Beispiel die Kindesmörderin den Ort angab, wo sie das Kind begraben hatte, oder der Münzfälscher den Ort, wo er die Fälschungswerkzeuge versteckt hielt. Bestätigten sich diese Angaben, dann wurde die Verurteilung zwar äußerlich auf das Geständnis gebaut, innerlich aber stützte

sie sich auf das Material, das man auf solche Weise erlangt hatte. So sagte die Carolina a. 54:

Item so obgemellte fragstuck uff bekanntnuss, die uss oder one marter geschicht, gepraucht werden, so soll allsdann der Richter ann die ende schicken und nach den umbstennden, so der gefragt, der bekannten Missthat halber, erzellt hatt, sovill zu gewissheit der wahrheitt diennstlich, mit allem fleiss fragen lassen, Ob die bekanntnuss der obberurten umbstende war sein oder nit; Dann so einer anzeigt die Mass unnd form der Missenthat, alls Vor zum theill gemellt ist, unnd sich dieselben umbstennde allso erfinden, so ist daruss wohl zu mercken, das der gefragt die bekannten Missenthat gethan hat, sonderlich so er solliche umbstennde sagt, die sich jnn der geschicht habenn begeben, die kein unschuldiger wissen kan.

Nun war es trotz allem nicht zu vermeiden, daß auch Unschuldige gefoltert wurden und auf der Folter gestanden; doch dies wäre niemals in so schrecklichem Maße hervorgetreten, hätte nicht der Hexenwahn mit all den ungreifbaren und unkontrollierbaren Beschuldigungen wie eine verderbliche Pest um sich gegriffen. Dazu kam noch ein Weiteres. Der Mißstand steigerte sich, wenn man nach einer fruchtlosen Tortur die Folterung immer und immer wiederholte. Bei der Hexenverfolgung geschah dies in infinitum; aber die Hexerei galt auch als ein so schrecklicher Greuel, daß man in der Verfolgung alles Maß und Ziel verlor. Im übrigen hat die Wiederholungsfrage schon die Postglosse beschäftigt.

Bartolus war, wie oben gezeigt, dafür, daß der Angeklagte nach fruchtloser Folterung freizugeben sei.

Baldus zu c. 8 de quaest. erklärt unter Bezug auf Odofred und auf Cynus, daß, wer genugsam gefoltert ist, ohne neue Indizien nicht weiter gefoltert werden dürfe. Er sagt in dieser Beziehung:

quaero, an semel tortus sine novis indiciis possit iterum torqueri .... Odofredus et Cynus .... dicunt, quod non, si est sufficienter tortus; ergo si aliquis esset repetitus in tormentis et exinde decederet, torquens puniretur tanquam homicida, quia non debet repetere.

Hierbei haben einige Stellen des Römischen Rechts bedeutungsvoll eingewirkt:

So fr. 7 pr. de quaest.:

Quaestionis modum magis est judices arbitrari oportere; itaque quaestionem habere oportet, ut servus salvus sit vel innocentiae vel supplicio.

fr. 10 § 3 eod.:

Tormenta adhibenda sunt .... ut moderatae rationis temperamenta desiderant.

fr. 16 pr. eod.:

Repeti posse quaestionem ....

fr. 18 § 1 eod.:

Reus evidentioribus argumentis obpressus repeti in quaestionem potest, maxime si in tormenta animum corpusque duraverit.

Die Carolina überließ das Maß der Folter dem richterlichen Ermessen, a. 58: viell, offt oder wenig, hartt oder millter nach ermessung eins guten Vernunfftigen Richters; sie spricht aber an einigen Stellen von ihrer wiederholten Anwendung, so a. 55, 57.

Hieraus und aus den Stellen die Römischen Rechts entnahm man die Theorie:

der Angeklagte soll regelmäßig nur dann nochmals auf die Folter gelegt werden, wenn neue Indizien gegen ihn sprechen, und auch so höchstens ein zweites, nur in sehr schweren Fällen ein drittes Mal[8]).

So Capzow III 125 nr. 31:

Quare cum per torturam indicia priora purgata fuerint, sequitur inde, denuo torturam inferri non posse, nisi nova indicia supervenerint, adeoque judici integrum non esse, absque novis indiciis repetere in quaestionem reum ex primis indiciis semel tortum;

und nr. 47:

Quod in delictis atrocissimis ultra tres, in aliis vero delictis, quae atrocissima non sunt, sed atrocia vel atrociora dicuntur, ultra duas vices tortura infligi non debeat.

Nach dieser Richtung sprach sich auch eine sächsische Instruktion aus.

So ferner Kreß zu CCC a. 57:

Regulariter non pergitur ad tertiam torturam, nisi delictum sit atrocius, prima et secunda quaestio non fuerit jam fere plene adhibita. Nam alias bis jam tortus, vix par erit novis doloribus ferendis; nisi indicia sint vehementissima.

So auch Matthaeus zu lib. 48 XVI 4 nr. 19:

Quod si secundam quoque quaestionem reus duritia animi superaverit, non deveniendum ad tertiam, nisi nova emergant indicia. Emergentibus autem indiciis, si tertiam quoque magna firmitudine sustinuerit, absolvendus est.

§ 5.

Eine weitere Mißlichkeit war es, daß eine Menge von Übeltätern, und gerade die allerschlimmsten, so hartschlägig waren, daß sie die Folterqualen überstanden und dann einfach freigelassen werden mußten. Da sah man sich veranlaßt, noch weitere Institute einzuführen; man sprach den Angeklagten, welcher der Folter trotzte, nicht frei, sondern verurteilte ihn zu einer poena extraordinaria: es war das Prinzip des Innocenz IV.: in dubiis rebus temperanda poena. Oder auch man legte ihn in Sicherheitshaft — nicht zur Strafe, aber zur Abwehr gegen künftige Übeltaten. Waren doch solche Sicherungsmittel in jener Zeit auch sonst üblich.

Matthaeus zu lib. 48, XV 6 nr. 4, war allerdings streng gegen das Urteil auf mildere Strafe; seine Argumentation ist die Logik des $2 \times 2 = 4$.

Quare ut concludamus, his mediae sectae defensoribus hoc dilemma opponimus. Aut crimen probatum est argumentis aut probatum non est. Si probatum est, nulla causa est, cur ordinaria poena infligi non debeat. Si probatum non est, nullus puniendi locus relinquitur, sed aut in reum amplius inquirendum, aut sententia judicis absolvendus est.

Und er fügt XVI 4 nr. 15 bei:

Jam si reus idcirco absolvatur, quod ter tortus toties aut negaverit crimen aut confessionem recantarit, etiam ista ratione uti quis posset, iniquum esse, non a crimine absolvi eum, qui toties tortus est, cum in repetitione cruciatus satis poenae sit, multique malint vel semel mori, quam ter in eculeo distendi.

Die andere, sehr moderne Auskunft, statt der Strafe ein Sicherungsmittel anzuwenden, hat mehr durchgeschlagen.

Man vergleiche z. B. Kress zu a. 61:

Quid, si vero nil quidem confessus inquisitus, sit tamen homo vitae vagabundae et malae, indiciaque sint vehementissima, ut nemo prudens dubitet, patientiam et

[8]) Anders Leyser, Sp. 639 nr. 13 und das hier erwähnte Urteil, welches sich damit nicht begnügte.



victoriam cruciatuum omnium inquisitum non interno innocentiae testimonio, sed robori naturali consuetaeque pervicaciae debere? Sane ut talis in pistrinum detrudatur vel ad opus publicum remittatur, ipsa necessitas suadere videtur.

Ist doch die Verwahrung schlimmer Subjekte in lebenslänglichem Gewahrsam eine allgemeine Praxis in Deutschland und Frankreich gewesen. So das ewige Gefängnis des Bambergensis a. 221 a: in ewiger gefengknuss sol gehalten werden, damit landt und lewt vor ime sicher sein mögen; so das Festhalten der landschädlichen Leute in Frankreich, worüber auf die Nachweise bei Ernst Mayer, Geschworenengericht S. 205f verwiesen werden kann; vgl. namentlich Beaumanoir ch. 1, 35 und livre de justice et plet XIX 44, 12.

Es berührt eigentümlich zu sehen, wie solche Institute, welche man meist als modernste Erfindung betrachtet, bereits bei unseren Altvodern ganz üblich und selbstverständlich waren, was nur der Mangel geschichtlicher Forschung bisher übersehen ließ.

§ 6.

Das Resultat dieser Entwickelung bietet der Codex Bavaricus crim. v. 1751 II 8 § 21:

Ist die decretirte Tortur völlig ausgestanden, so kann selbe des nämlichen Verbrechens halber, wegen welchen sie vorgenommen worden, von neuem nicht wiederholet werden, ohne daß sich neue und solche Indicia hervorthun, welche nicht nur von denen vorigen ganz unterschieden und specifice distinguiret, sondern auch so stark, wo nicht stärker als die vorige, mithin für sich selbst, ohne Beyziehung jener, ad Torturam erklecklich seynd. Wenn dahero die ehemalige nämliche Indicia durch neue Gezeugen nur bestättiget werden, so seynd sie pro novis nicht zu achten. Es soll auch die Tortur ex capitte novorum über dreymal nicht wiederholet werden, ausgenommen wegen wiederruffener Bekanntnuss; denn da greift dieselbe allzeit wiederum ganz und zwar so oft vom neuen Platz, als die Wiederruffung geschehen ist.

Codex Bavaricus II 8 § 22:

Die Wirkung von völlig ausgestandener Tortur ist die Reinigung des Verdachts; und wie nun dieselbe wegen jeder Inzicht oder Uebelthat, wo deren mehrere zugleich gegen den Inquisiten vorkommen, nicht besonders, sondern über alle und jede auf einmal vorgenommen wird, so ist man auch dadurch auf einmal von allem Verdacht, so weit hierunter nichts eingestanden worden, in genere et specie purgiret, und muß der Gefangene nicht nur ab Instantia et Observatione Judicii, sondern definitive absolviret, an seinen vorigen Ehren in integrum restituiret und entlassen werden, welches aber gleichwohl bey verschreyt und öffentlichen Charten beschriebenen Dieben und Räubern oder dergleichen fürchterlich- und gefährlichen Leuten seinen Absatz leidet; denn diese seynd auch post Torturam nicht zu entlassen, sondern in dem Arbeitshaus lebenslänglich oder doch auf lange Jahr einzusperren, weil solches nicht so viel zur Straf als guter Disciplin angesehen ist.

Die Theresiana (1768) aber bestimmte in Art. 34 § 2:

In Betreff der vorbemeldt ersten Beweisungsart, da lassen Wir es bey dem in Unseren Erblanden bishero üblich gewesten Grundsatz fernershin bewenden, daß nämlich in peinlichen Fällen, die an Leib und Leben gehen oder eine dem Tode gleichende Bestraffung nach sich ziehen, Niemand aus alleinigen Vermuthungen und Anzeigungen, sie seyen so stark und heftig, als sie immer wollen, zum Tod

oder einer dem Tod gleich zu achtenden Straffe verurtheilet werden könne. Welchen Falls jedoch gestalten Sachen nach zur Tortur, oder da etwann dieselbe den Umständen nach nicht Platz greiffen könnte, zu einer außerordentlichen Straff-erkanntnuss fürgeschritten werden mag.

Und § 17:

Wenn nun nach Unsern vorstehenden Maßregeln kein vollkommenrechtlicher Beweisthum vorhanden wäre, so ergiebt sich im Gegenspiel von selbst, daß bey dessen Abgang Niemand zu der im Gesetz ausgesetzt-ordentlichen Straffe könne verurtheilet werden. Zumalen aber gleichwohlen entgegen dem Angeschuldigten mehr oder minder Innzüchten und Beschwerungsumstände obwalten können, so hat der Richter solchen Falls alle Umstände wohl zu erwegen und hanget von seinem vernünftigen Ermessen ab: ob nach Beschaffenheit der Sache der Verdächtige entweder, bis anderweite Anzeigen sich hervorthun, des Arrestes einstweilig zu entlassen; oder gestalten Dingen nach demselben der Reinigungseyd aufzutragen; oder da nach Unser anderweiten Ausmessung genugsame Anzeigungen zur scharffen Frage sich vorfänden, derselbe hiemit zu belegen, oder endlichen, da er mit starken Innzüchten beschweret wäre, die Tortur aber aus rechtlichen Ursachen nicht vorgenommen werden könnte, zu einer willkürlichen Bestraffung fürzuschreiten seye?

Sodann Art. 38 § 28:

Ueber dreymal aber solle keiner torquiret, sondern derselbe, der die Pein dreymal ausstehet und entweder gar nichts eingestanden oder das Eingestandene hernach allemal widerruffen hat, insgemein los und ledig gesprochen werden, weil er sich von den vorigen Innzüchten durch die ausgestandene Tortur genugsam gereiniget hat.

§ 7.

In Frankreich finden wir die Folter als gehine (gehenne) schon im 13. Jahrhundert bei Beaumanoir ch. 69. 16:

Et si tost comme il le veut metre à gehine, ele reconnut toute la la vérité et fu arse.

Doch gestattet er auch die Verurteilung auf bloße Indizien, auf apartes presontions hin, ch. 40, 20.

Sodann wird die gehenne im 14. Jahrhundert erwähnt in der ganz romanisierten Somme rurale, titre 34, ferner in der très ancienne Coutume der Bretagne a. 101 und im Rechte von Valenciennes nach den dortigen Archivurkunden von 1347—1363[4]).

Ein häufiger Gebrauch läßt sich seit dem 16. Jahrhundert konstatieren.

Die Ordonn. von 1539 a. 163, 164 enthält einige Bestimmungen darüber, so insbesondere daß, wenn die Folter nicht zum Geständnis führt, der Gefolterte freigesprochen werden solle und unter Umständen vom Kläger Entschädigung fordern dürfe; vollständig geregelt aber wurde ihr Gebrauch in dem berüchtigten Titel 19 der Ordonn. criminelle von 1670.

Hier war bestimmt, daß niemand zum zweitenmal gefoltert werden dürfe, daß aber, auch wenn die Folter ergebnislos blieb, auf Grund der Indizien auf Strafe erkannt werden könne, nur nicht auf Todesstrafe. Es heißt hier:

Art. 2: Les juges pourront aussi arrêter que, nonobstant la condamnation à la question, les preuves subsisteront en leur entier, pour pouvoir condamner l'accusé

[4]) Bauchond, La justice criminelle du magistrat de Valenciennes (1904), p. 113f.

à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort, à laquelle l'accusé, qui aura souffert la question sans rien avouer, ne pourra être condamné, si ce n'est qu'il survienne de nouvelles preuves depuis la question.

Art. 10: Il sera loisible aux commissaires de faire modérer et relâcher une partie des rigueurs de la question, si l'accusé confesse, et s'il varie, de le faire remettre dans les mêmes rigueurs; mais s'il a été délié et entièrement ôté de la question, il ne pourra plus y être remis.

Art. 12: Quelque nouvelle preuve qui survienne, l'accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait.

In England bestand die Folter nicht als Zwang zum Geständnis, aber als Zwang, sich der jury zu unterwerfen: es war die peine forte et dure, wie sie im ersten Westminster-Statut a. 12 vom dritten Jahre Eduards I. bestimmt war, daß die felons queux sont apertement de male fame, welche sich nicht wollen mitter en enquests ... soient mises en la prison forte et dure. Was dieses prison forte et dure bedeute, das sagt uns Coke, II, p. 178. 179 ausdrücklich; es war der Gipfel der Barbarei:

The judgement is, that the man or woman shall be remaunded to the prison and laid there in some low and dark house, where they shall lie naked on the bare earth without any litter, rushes or other clothing and without any garment about them, but something to cover their privy parts, and that they shall lie upon their backs, their heads uncovered and their feet, and one arme shall be drawne to one quarter of the house with a cord, and the other arme to another quarter, and in the same manner shall be done with their legges, and there shall be laid upon their bodies iron and stone, so much as they may beare, and more, and the next day following they shall have three morsels of barly bread without any drink, and the second day they shall drinke thrice of the water that is next to the house of the prison (except running water) without any bread, and this shall be their diet untill they be dead.

So as upon the matter they shall die three manner of wayes viz. Onere, fame et frigore, by weight, famine and cold, and therefore this punishment (if it were executed according to the severity of the law) should be of all other the most grievous and fearfull.

§ 8.

Die Folter ist nicht bloß ein Institut des römischen und romanisch-germanischen Rechts gewesen; sie hat sich bereits bei den Naturvölkern entwickelt. Hier gingen die Gottesurteile von selbst in die Folter über; waren doch die eigentlichen Ordalien, bei welchen der Angeklagte mit überwältigenden Naturkräften in Verbindung gesetzt wurde, nicht nur eine gefährliche, sondern auch eine sehr unangenehme, ja leidens- und qualvolle Sache. Der Gedanke war der: die Gottheit, welche dem Unschuldigen den Sieg verleiht, wird ihm auch möglichst über die damit verbundenen Qualen hinweghelfen; wer aber schuldig ist, der wird die Qualen nicht überstehen. Das zeigt sich am besten in der merkwürdigen Art des Ordals, die sich in Togo findet: man bestreicht dem Angeklagten das Auge mit einer schmerzenden Flüssigkeit, an der er erblindet, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Zeit ein Gegenmittel gegeben wird, das der Priester anwendet, falls der Angeklagte gesteht. Offenbar obwaltet der Gedanke, daß der Unschuldige auch durch

ein Wunder gerettet werden könne, der Schuldige aber nicht. Später sind es andere Qualen, die man dem Angeklagten zufügt, wobei dann allmählich der religiöse Gedanke verschwindet und nur der Zwang übrigbleibt. Daß aber ursprünglich die Priesterschaft es war, die den Zwang übte, deutet noch auf den Ursprung aus dem Ordalismus[5]).

So ist die Folter insbesondere auch ein Institut des altchinesischen Rechtes gewesen und in China wie in Korea viel geübt worden[6]).

Auch die alten Ägypter haben viel gefoltert; es wird uns berichtet, daß sie auf der Folter besonders standhaft waren[7]).

Jene Beziehung zwischen Ordal und Folter tritt auch noch im keltischen Rechte deutlich hervor[8]). Sehr bezeichnend ist eine Stelle der très ancienne Coutume de Bretagne (Ed. Planiol) a. 101:

Et se il s'en pout passer sans ccnfession en la gehine ou le joux le sauvast, il apparaistroit bien que Dieux li monsteroit miracles pour lui et devroit estre sauff; et jugera l'en que il s[er]oit quictes et delivres.

Daß aber schon das altkeltische Recht die Folter kannte, ergibt eine bekannte Stelle Cäsars über die Gallier (Bell. Gall. VI 19):

De morte si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quaestionem habent et, si conpertum est, igni atque omnibus tormentis excruciatas interficiunt.

§ 9.

Nun ist die Folter verschwunden. Ein anderes Mittel, dessen man sich schon jahrhundertelang in deutschen Rechten bedient hat, war, daß man die Stimme der Nachbarschaft, den rumor vicineti, die Meinung der Umgesessenen hörte, welche in die Verhältnisse des Angeklagten näher eingeweiht waren, seine ganze Art kannten und sich am besten über sein Seelenleben und über sein ganzes Tun und Treiben verlässigen konnten. So ist das alte Schwurgericht geworden, über dessen Geschichte wir uns nicht näher verbreiten wollen, nur bemerkend, daß die Aufstellungen Brunners durch die neuen Forschungen großenteils umgestoßen worden sind. Inwiefern in dieser Entwickelung keltische Einflüsse walteten, muß noch Gegenstand weiterer Studien sein; jedenfalls finden wir im keltischen Rechte eine ganz ähnliche Institution[9]). Daß sich aber aus diesem rumor vicineti das spätere Geschwornengericht bildete, ist bekannt, wenn auch über die Geschichte im einzelnen noch manche Zweifel obwalten. Das Institut streifte vollkommen seinen eigentlichen Charakter ab, die Nachbarschaftskenntnis mit allen ihren Vorteilen verschwand, und die Geschworenen wurden einfach zu Volksrichtern[10]), welche durchaus nicht auf Grund ihrer persönlichen Erfahrnis, sondern, wie andere Richter, allein auf Grund der gerichtlichen Ver-

[5]) Z. vgl. Rechtsw. XI, S. 473, XV, S. 81.

[6]) Vgl. mein chinesisches Recht IV § 4 (aber erst in der späteren Entwicklung, das alte chinesische Recht hatte sie nicht gekannt); über Korea Z. vgl. R. VI, S. 403.

[7]) Vgl. mein Recht der Orientalischen Völker in Kultur der Gegenwart, S. 68.

[8]) Über die Ordalien im keltischen Recht vgl. Z. vgl. R. XXV, S. 208; Jobbé-Duval, Idées primitives dans la Bretagne in der Nouvelle revue historique de droit franç. et étranger 1911 und 1913.

[9]) Z. vgl. R. XXV, S. 214, 218 f.

[10]) Vgl. auch Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, I, S. 287 f.

handlung zu entscheiden hatten. Die Sache war geradezu umgeschlagen: jetzt wollte man, daß die Geschwornenbank möglichst wenig aus dem Bekanntenkreise des Augeklagten gebildet wurde: die Richter sollten lediglich aus dem Material heraus entscheiden, welches die Verhandlung bot.

So war auch dieses Mittel gescheitert, um an Stelle der Verdachtsprüfung etwas Sicheres und Unzweideutiges zu setzen.

§ 10.

Hiernach blieb eben nur die subjektive Prüfung des Richters auf Grund der Verdächtigkeitsmomente übrig, um der Schwierigkeiten Herr zu werden. Weder jenes Mittel, um das Geständnis, diese corona probationum, herbeizuführen, noch der rumor vicineti konnte mehr verfangen als Hilfe für den in die schwere Aufgabe gestellten Richter. Dafür hat er heutzutage eine neue Stütze in der modernen Technik und in der modernen Psychologie. Heutzutage können die Verdachtsmomente durch die technische Erforschung so sehr an Kraft und Intensität gewinnen, daß das Schwarzenbergische Indizienverzeichnis längst überholt ist. Mit Mikroskopie, Daktyloskopie, Blutuntersuchung, Chemie, Photographie kann man unendlich viel aufklären, was früher dunkel blieb. Heutzutage kann ferner die Erforschung des Seelenlebens viele Fragen über die Geistes- und Willensverfassung des Angeklagten lösen, über die man ehemals nicht Herr werden konnte. Dasjenige, was dem Kriminalisten heutzutage hauptsächlich not tut, ist nicht das Zaubermittel der freien richterlichen Überzeugung, ein Schlagwort, das die Schwierigkeiten verlegt, ohne sie zu lösen, sondern die Kenntnis der kriminologischen Technik und die Vertrautheit mit der psychologischen Wissenschaft. Die Heranbildung der Kriminalisten in dieser Beziehung ist die Aufgabe der Zukunft.

* *
*

Der Vorschlag, den Bendix macht, daß im Richterkollegium die Rolle des Referenten und Korreferenten in der Art verteilt werden soll, daß der eine mehr die belastenden und der andere mehr die entlastenden Umstände aufsuchen und beurteilen soll, hat viel für sich, wenn er auch meines Erachtens nicht in der Weise gepreßt werden darf, daß hierbei die Rolle des Anklägers und Verteidigers in den Schoß des Gerichtes gerückt wird. Was die einstimmige Verurteilung betrifft, so möchte ich noch auf eine merkwürdige Bestimmung des jüdischen Rechtes hinweisen. Dieses nahm an, daß, wenn die Richter einstimmig für die Schuldigsprechung wären, eine Verurteilung nicht ergehen dürfe, weil hier der Zweifel bestehe, ob die entlastenden und entschuldigenden Momente richtig gewürdigt worden seien [11]).

Man sieht überall, wie die Geschichte des Rechtes eine Menge von Vernünftigkeiten zeigt, welche erst die neuere Zeit genügend zu würdigen versteht.

---

[11]) Z. vgl. R. XX, S. 261.

Streitfragen aus der deutschen RStPO. unter Berücksichtigung der Reformentwürfe.

Praktische Beiträge als Versuch einer Fortsetzung der Kontroversen von Voitus.

Von Landrichter Dr. H. Voß, Hamburg.

(Vgl Bd. 34 S. 243, Bd. 55 S. 199, Bd. 60 S. 187 und Bd. 62 S. 88.)

IV.

Der Untersuchungsrichter als Beschwerdeobjekt.

(Zum Ermessensproblem im Strafprozeß.)

II.

Der § 346 der geltenden StPO. lautet[5]):

Die Beschwerde ist gegen alle von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des UR., des Amtsrichters und eines beauftragten oder ersuchten Richters zulässig, soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht.

Auch Zeugen, Sachverständige und andere Personen können gegen Beschlüsse und Verfügungen, durch welche sie betroffen werden, Beschwerde erheben.

Gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts findet eine Beschwerde nicht statt.

Diese Vorschrift erleidet zunächst nach vier Richtungen hin Ausnahmen, insofern als der Urteilsfällung vorausgehende Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die nicht Verhaftungen, Beschlagnahmen, Straffestsetzungen und dritte Personen betreffen, nicht der Beschwerde unterliegen (§ 347 StPO.) und bei Verhaftungen die weitere Beschwerde, in anderen bestimmten Fällen die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen zugelassen ist, die durch die Beschwerdeinstanz erlassen (§ 352 StPO.) und einer gewissen Rechtskraft fähig sind (§ 353 StPO.), schließlich insofern als über einen die Rechtshilfe für unzulässig erklärenden Beschluß des OLG. die Beschwerde an das RG. gegeben ist (§ 160 GVG.)[6]). — Sie erfährt dann aber noch eine weitere Einschränkung dadurch, daß das Gesetz in mehreren Fällen auch eine stillschweigende Ausschließung der Beschwerde enthält, weshalb der Ausnahmesatz des Abs. 1 richtiger zu lauten hätte: »Soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich oder stillschweigend einer

[5]) Die Berechtigung und Verfolgung des Themas, insbesondere die Anwendung des § 346 auf dem Gebiete des Kolonialstrafprozesses muß einer besonderen Abhandlung vorbehalten bleiben. Es mag nur im Hinblick auf Doerr, Deutsches Kolonialstrafprozeßrecht, 1913, angedeutet werden, daß auch hier trotz dringenden Anlasses (Inquisitionsprinzip!) die Frage der Beschwerdefähigkeit bloßer Ermessensakte nicht einmal angeschnitten ist (cf. Doerr, § 39 Note 57, § 51.

[6]) Daß diese nicht etwa durch das Zuständigkeitsgesetz vom 22. Mai 1910 beseitigt ist, dazu cf. Woldmann in DJZ. XVII 808.

Anfechtung entzieht.« Von stillschweigender Ausschließung der Beschwerde spricht man, wenn das Gesetz dem Betroffenen andere Mittel als die Beschwerde gewährt, um zu seinem Rechte zu gelangen, zum Beispiel die Einwände aus § 178 gegen die Eröffnungsverfügung in der VU. gem. § 179 StPO. Auf den Untersuchungsrichter abgestellt, wäre daher der Sinn des § 346 einstweilen der, daß die Beschwerde überall da stattfinden soll, wo sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend im Gesetz, insbesondere im dritten Abschnitt des zweiten Buches der StPO. ausgeschlossen ist. Nun weist aber der Abs. 1 des § 346 in der Bezeichnung der einer Beschwerde unterworfenen Entscheidungen einen gewissen Gegensatz auf, worauf als einziger in der ihm eigenen peinlichen Sorgfalt Voitus (s. oben 62 S. 97) hingewiesen hat, ohne allerdings irgendwelche Schlüsse daraus zu ziehen. Es ist in § 346 die Rede von allen Gerichtsbeschlüssen erster oder zweiter Instanz und von den Verfügungen der Einzelrichter. Es fragt sich, ob hier ein Unterschied aufgestellt werden sollte. Die Motive schweigen. Eine einschlägige Bestimmung aus früheren Strafprozeßgesetzen ist nicht zum Vorbild genommen. Rein grammatisch könnte man sagen, daß die Gerichtsbeschlüsse unbegrenzt, die einzelrichterlichen Verfügungen dagegen in der sich aus den Spezialvorschriften ergebenden Begrenzung beschwerdefähig sein sollen. Diese Unterscheidung hat aber wiederum grammatisch wenig Sinn gegenüber dem Abs. 1 § 346 StPO. (soweit usw.), der sich zweifellos auf beide Arten von richterlichen Willenserklärungen beziehen »soll« und bezieht. Weiteres Nachforschen lohnt sich nicht, da schon dieser Schlußsatz, wie erwähnt, nicht einwandfrei redigiert ist. Die generelle Norm des § 346 StPO. leidet mithin an solcher Unbestimmtheit, daß daraus ein sicherer Anhalt, geschweige denn ein klares Prinzip dafür, welche Entscheidungen des UR. eine Beschwerde vertragen können und sollen und welche nicht, nicht gewonnen werden kann. In den Lehrbüchern und Kommentaren wie auch sonst ist dieses grundsätzliche Bedenken nirgends hervorgehoben. Man tut die Materie der Beschwerde gegen Verfügungen des UR. fast durchweg sehr summarisch und kurz ab, einige Schriftsteller, wie v. Schwarze, Thilo, Hellweg-Dochow, Fuchs erwähnen die Verfügungen des UR. als Gegenstand der Beschwerde überhaupt nicht, andere deuten Ausnahmen als zulässig an, gehen aber nicht weiter auf die Sache ein, wie zum Beispiel Stenglein (vorbehaltlich der Beschwerde in fast allen Fällen, spezielle Ausnahmen müssen nachgewiesen werden), andere Schriftsteller beschränken sich darauf zu sagen, daß Verfügungen der Einzelrichter nicht nur wegen Gesetzwidrigkeit, sondern auch wegen Unangemessenheit angefochten werden können (so Bomhard-Koller, Ullmann, Birkmeyer u. a.). Hervorgehoben zu werden verdient indes Lamm, der wenigstens eine Begründung versucht. Mit Bezugnahme auf den Beschluß des OLG. Dresden vom 14. Mai 1880 kann sie allerdings kaum als solche gelten. Denn dieses Erkenntnis befaßt sich in extenso nur mit der Auslegung des § 347 hinsichtlich des Begriffes »der Urteilsfällung vorausgehende Entscheidungen«. Außerdem wird

dann bei der Erörterung der Zulässigkeit der Beschwerde ganz allgemein gesagt, daß die StPO. selbst gegen solche richterliche Entscheidungen, welche auf Ermessen beruhen, das Rechtsmittel der Beschwerde nicht versagt habe. Eine Begründung dieses Satzes aus dem Gesetz wird nicht gegeben. Es wird nur darauf hingewiesen, daß auch Begriff und Zweck der Beschwerde Ermessenentscheidungen von ihr nicht ausschlössen, da ihr Gebiet sich nicht auf Rechtsfragen beschränke, sondern auf Würdigung der Tatsachen und Beweise miterstrecke und das Ermessen des Richters, wenn es nicht auf bloße Willkür hinauskommen solle, auf tatsächlicher Würdigung beruhen müsse, die an sich einer Erneuerung in anderer Instanz wohl fähig sei. Dieser Satz wird schon dadurch hinfällig, daß es ein Rechtsmittel gegen verkehrte Beweiswürdigung nur in der Berufung gibt und daß die Beschwerde niemals zur Aufrollung einer ganzen oder teilweisen Verhandlung führen kann. Schließlich zieht das OLG. Dresden noch den § 219 heran, der den Angeklagten erst dann zur unmittelbaren Ladung zwinge, wenn der ablehnende Beschluß des Vorsitzenden unanfechtbar feststehe. Daß diese Auslegung irrig ist, wird sich weiter oben herausstellen. Lamm selbst ist seiner Sache so sicher, daß er sich nur beispielsweise auf § 200 beruft. Die hier ausgesprochene Unzulässigkeit der Anfechtung läßt aber niemals den Schluß zu, daß alle anderen Ermessensentscheidungen angefochten werden können. Denn § 346 ist fragwürdig und lückenhaft, nicht ausdrückliche Ausschließung der Beschwerde ist, wie gesagt, ebensowohl möglich, gegeben und wirksam. — Dohna verfährt freirechtlich, da er annimmt, daß die normale Auslegung des § 346 — anders ist wohl der Satz »als vermuten läßt« nicht zu verstehen — eine reine Ermessensbeschwerde ausschließt. Puchelt greift merkwürdigerweise gerade die allerzweifelhafteste Bestimmung, nämlich den § 182 StPO. als das angebliche Hauptanwendungsgebiet der Beschwerde heraus. Binding macht einen gewissen Vorbehalt, wenn er als beschwerdefähig erachtet »alle überhaupt anfechtbaren Entscheidungen«, das heißt doch wohl negativ: nicht solche Entscheidungen, die ihrem inneren Wesen nach, der Natur der Sache nach, aus allgemeinen Prozeßgrundsätzen nicht angefochten werden können (zum Beispiel die nichtigen Prozeßhandlungen). Keller ist der einzige, der einer grundsätzlichen Anzweiflung des § 347 StPO. im Sinne einer generellen Zulassung der Beschwerde gegen jedwede Verfügung des UR. am nächsten kommt, wenn er sich auch nur mit dem Beschwerderecht des StA. gegenüber Nichtbeachtung von Ermittlungsanträgen während der VU. befaßt. Seiner Stellungnahme liegt die richtige Anschauung zugrunde. Ihr Kern ist aber weder von John noch von anderen erkannt worden.

Wenn die lex generalis des § 346 l. c. versagt und nur höchstens dafür Geltung beanspruchen kann, das die Tätigkeit des UR. an sich nicht außerhalb jeder Prozeßbeschwerde steht, so muß die lex specialis angerufen und eventuell aus den übrigen Gesetzesbestimmungen ergänzt werden. Diese lex specialis liegt vor in den §§ 176—195 StPO.

Und zwar enthält die Grundnorm § 182, während die §§ 185, 186, 188, 190—193 reine Verfahrensvorschriften geben. Mit seltener Einmütigkeit wird nun anerkannt, daß die Grundnorm in Verbindung mit § 188 dahin auszulegen ist, daß die Führung und der Abschluß der VU. allein dem freien richterlichen Ermessen des UR. unterliegen. Klarheit scheint auch darüber obzuwalten, daß die Beschwerde, soweit sie überhaupt zulässig ist, niemals summarisch sein, d. h. das ganze Verfahren, sondern nur einzelne genau bezeichnete Akte oder Unterlassungen des UR. beanstanden kann (cf. bes. Glaser). Das Beschwerdegericht selbst hat daher kein Untersuchungsrecht als solches, ist kein Untersuchungsgericht (cf. Bennecke)[7]). Nun ist aber die Nachprüfung der im einzelnen beanstandeten Handlungen des UR. wiederum nicht möglich ohne Nachprüfung des ganzen bisherigen Verfahrens, des Untersuchungsplanes des UR., also auch der einzelnen reinen Ermessungsakte. Das bedeutet, daß — nach der herrschenden Meinung — das Beschwerdegericht auf erhobene Beschwerde jederzeit in der Lage sein soll, das inquisitorische Ermessen in der VU. an Stelle des UR. im ganzen Umfange auszuüben. Wenn das richtig ist, dann besteht ein unlösbarer Widerspruch im Gesetz, dann wird dem UR. mit der einen Hand alles wieder genommen, was ihm von der andern gegeben ist, und er sinkt zum Prozeßpopanz herunter. Verwundern könnte solcher Widerspruch an sich nicht, denn der UR. ist nach dem Bilde der StPO. eine prozessuale Mißgeburt, und die Bestimmungen über die VU. sind — wie v. Kries mit Recht bemerkt — disharmonisch. Diese Unstimmigkeit nötigt aber noch keineswegs zur Annahme gerade dieses Widerspruches. Der Praxis pflegt ein subtileres und feinsinnigeres Verständnis des Gesetzes abzugehen, sie handhabt das Gesetz meistens etwas roh und rücksichtslos. Der § 346 gibt ihr da plein pouvoir, er verführt geradezu zu einer Art Oberflächenjustiz. Ganz anders aber nimmt sich die Sache aus, wenn der Sturmschritt der Praxis, ihre mechanische Gesetzesbehandlung aufgehalten und ihr die einzelnen Zweckbestimmungen vor Augen gebracht werden. Aus dem Geiste dieser Bestimmungen und dem Wesen der Prozeßbeschwerde muß entnommen werden können, ob die in den einzelnen Paragrahpen geordneten Prozeßtätigkeiten beschwerdefähig sind oder nicht. Und dafür läßt es das Gesetz, wie mir scheint, an Klarheit des Ausdruckes nicht fehlen. Der § 182 lautet:

»Die VU. wird von dem UR. eröffnet und geführt.« Auf welche Weise die Eröffnung angefochten werden kann, ist — unsystematisch — schon in § 179 geregelt. Mit der Eröffnungsverfügung beginnt die Führung der VU., sie ist also der erste Akt davon. Man könnte argumentieren: Dadurch, daß das Gesetz aus dem Gebiete der Untersuchungsführung den Einleitungsakt als Gegenstand von Einwendungen (genauer: Einwänden) ausdrücklich herausgreift und vorwegnimmt, hat es die

---

[7]) Das ihm in § 350 eingeräumte Recht, etwa erforderliche Ermittelungen anzuordnen oder selbst vorzunehmen, gilt nur im Umfang der erhobenen Beschwerde.

weiteren Untersuchungsakte einer Anfechtung entziehen wollen. Man könnte aber auch ebensogut deduzieren: Weil das Gesetz gegen die Eröffnungsverfügung nur Einwände bestimmter Art zuläßt, schließt es insoweit die Beschwerde in Sachen des zweiten Abschnittes des dritten Buches der StPO. aus, läßt sie aber für die weiteren Untersuchungsverfügungen offen. Es bedarf aber der Ableitung aus § 179 nicht. Die Norm des § 181 spricht für sich selbst. Sie lautet aus § 178 ergänzt: Wenn weder Unzuständigkeit des Gerichts noch Unzulässigkeit der Strafverfolgung noch Unzulässigkeit der VU. noch Straflosigkeit der Tat gegeben ist, dann wird die VU. von dem UR. eröffnet und geführt. Darin liegt zunächst ausgesprochen, daß die VU. nur von dem UR. eröffnet und geführt wird, daß es also keine Instanz neben oder über ihm gibt — wie das oben schon angedeutet ist —, die die VU. kontroll- und stichprobenweise oder gar latent mitführt, daß der UR. in der Führung der VU. auf sich allein und sein Ermessen angewiesen ist. Die Zulässigkeit der VU., die Zulässigkeit der Strafverfolgung, die Strafbarkeit der Tat stehen fest, die Tatsache der Untersuchungsführung ist unanfechtbar (Glaser). Sie kann also auch nicht und soll nicht weiter in Frage gestellt werden durch die Anfechtung einer einzelnen der Untersuchungsführung dienenden Willenserklärung (cf. das oben 62 S. 101 mitgeteilte Jenaer Erkenntnis). Wenn aber die VU. als solche beschwerdeunfähig ist, dann ist es auch ihre Durchführung, dann ist sie auch quantitativ und qualitativ inappellabel. In der Betrauung des UR. mit der selbständigen Leitung der Untersuchung liegt implicite auch die Verstellung der erforderlichen Untersuchungshandlungen nach Inhalt, Umfang und Reihenfolge in das Ermessen des UR. Mit Deutlichkeit ist das ausgesprochen in einem Urteil des RG., V. Strafsenat vom 28. März 1911 (Entsch. Bd. 44, Nr. 103, S. 383), wo nach Darlegung, daß der Antrag auf Eröffnung der VU. prozessual eine wesentlich andere Natur habe als ein Antrag auf Vornahme einelner Beweiserhebungen nach § 199 Abs. 3, fortgefahren wird:

»was eine VU. an Beweisergebnissen schließlich zutage gefördert hätte, läßt sich hinterher im Revisionsverfahren nicht übersehen und beurteilen, eben weil über die Art ihrer Führung nicht Einzelanträge der Prozeßbeteiligten zu entscheiden haben, sondern das pflichtmäßige Ermessen des UR.«[8]).

Dieser Satz würde unverständlich sein und eventuell in sein Gegenteil verkehrt werden müssen, wenn den Parteieinzelanträgen in Beschwerdeform — nach Ansicht des RG. — ein bestimmter Einfluß auf den Gang der Untersuchung hätte eingeräumt bleiben sollen.

Die Irrevisibilität des untersuchungsrichterlichen Ermessens im wahren

---

[8]) Ganz dasselbe gilt für das Beschwerdegericht im Falle des § 350 Satz 2, cf. Löwe, Note 3.



Sinne rechtfertigt sich auch historisch aus den Grundgedanken des Gesetzes und durch die Natur der Sache.

Um den zuletzt genannten Gesichtspunkt voranzustellen, so ist die theoretisch unbeschränkte Möglichkeit einer beschwerdemäßigen Anfechtung jeglichen untersuchenden Tuns des UR. unvereinbar mit einer selbständigen Entfaltung der ihm zur Aufgabe gemachten Tätigkeit. Der UR. wird dadurch nicht nur der Willkür des Angeschuldigten preisgegeben, und der Untersuchungszweck erleidet dadurch nicht nur eine sehr bedenkliche Gefährdung (von Schwarze im GS.), nein, die Untersuchungsführung durch den UR. sinkt zur leeren Form herab, der Leiter und Inspirator wird der Angeschuldigte, wird der StA., und der Untersuchungszweck wird — unmöglich, unerreichbar gemacht, zum Spiel der Parteien. Es ist auffallend, daß keiner der Strafprozessualisten diese Nutzanwendung des bequemen (aber ganz unzuverlässigen) § 346 gerade für die Handhabung des § 182 gemacht hat. Und doch liegt auf der Hand, daß die Einführung eines Rechtsmittels niemals so weit erstreckt werden kann, daß die Tätigkeit selbst — wovon die angegriffene Handlung ein Teil — lahmgelegt wird. Welch andern Sinn hätte der § 347, wenn nicht den, daß die unmittelbar zur Findung des Urteils entwickelte Tätigkeit des erkennenden Gerichts im Prinzip unangefochten bleiben muß, weil sonst die »Urteilsfällchung« nicht nur zeitlich, sondern auch sachlich gehindert oder gar illusorsich gemacht wird?

Die historische Seite anlangend, so ist die Entwicklung der Stellung des UR. der Kammer gegenüber nicht stehengeblieben. Im gemeinen Prozeß war die Regel, daß der UR. unter der Aufsicht des Gerichts als sein Deputierter und Delegierter arbeitete und daher ganz an dessen Weisungen gebunden war. Das Gericht konnte ihm jeden Augenblick hineinreden, wenn es nach der bei ihm als Untersuchungsgericht liegenden Verantwortung Anlaß dazu fand. Der UR. des gemeinen Prozesses konnte also gar nicht nach eigenem Plane und Willen untersuchen. Bei dieser Organisation ergab sich als selbstverständliche Folge, daß Beschwerden gegen die Art und Weise der Untersuchung bei der gegebenen Prozeßaufsichtsinstanz und gegen deren (fast in eigener Sache gesprochene) Bescheide bei der zweiten Instanz zulässig sein mußten. Im heutigen Strafprozeß ist zwar das Verhältnis zwischen UR. und Strafkammer nicht ganz klargestellt; soviel steht aber außer Zweifel, daß der UR. der StPO. vom 1. Februar 1877 im Prinzip nicht Handlanger und Untergeordneter der Strafkammer ist, daß diese vielmehr nur in ganz bestimmten Fällen auf Anruf zu entscheiden hat, aber auch nicht über die »eigentlichen Untersuchungsfunktionen« (Ortloff bei Liszt a. a. O.)[9]. Der unfähige,

[9]) Instruktiv ist § 200. Nach Löwe, Note 3, sollen die zur Ergänzung erforderlichen Untersuchungshandlungen von der Kammer bezeichnet werden. Das würde aber immer noch keinen strafprozessualen Beweisbeschluß abgeben. Die Art und Weise der Beweiserhebung würde doch wiederum reine Ermessenssache sein. Stenglein, Note 4, scheint der Ansicht zu sein, daß dem UR. bestimmte



unentschlossene UR. kann sich daher auch nicht — wie früher — bei der Strafkammer Rats erholen. Wenn aber der UR. nach geltendem Gesetz der Kontrolle durch die Strafkammer entrückt ist, dann kann nicht angenommen werden, daß diese Kontrolle auf dem Umwege der Beschwerde doch wiederum zulässig sein soll. Und es kann ferner nicht angenommen werden, daß das der Strafkammer entzogene Kontrollrecht jetzt etwa durch die zweite Instanz, als welche nur das RG. in Frage kommt, sollte ausgeübt werden dürfen (cf. d. zit. Urt. d. RG.). Der § 375 besagt zwar, daß auch die dem Urteil vorausgegangenen Entscheidungen, sofern es darauf beruht, der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen. Dahin gehören aber unbestritten nicht Unterlassung einer obligatorischen VU. und Mängel einer geführten VU., es sei denn, daß die bemängelten Akte von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter vorgenommen und in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verwendet worden wären (Urt. d. RG. v. 2. März 1881 in Rechtspr. 3 Nr. 46 und Urt. d. RG. v. 29 Februar 1884 ebenda 6 Nr. 64).

Aber auch die legale Prozeßgenese bietet keinen Anhalt und kein Bedürfnis dafür, den UR. jederzeit mit Beschwerden über die Art seiner Untersuchungsführung zu überziehen. Der UR. ist Beweissammler für die Entscheidung im Anklageverfahren und — wenn dieses mit Eröffnung des Hauptverfahrens endet — mittelbar auch für die Hauptverhandlung, er präpariert dafür nicht nur die Sache, sondern in gewisser Weise auch die in Frage kommenden Personen. Seine Arbeit ist aber durchaus provisorisch und in vielen Fällen auch sehr problematisch. Es ist bekannt, daß das Ergebnis einer sorgfältig und gründlich geführten VU. in der späteren Hauptverhandlung, auch wenn diese zunächst nur die VU. rekapituliert, in nicht seltenen Fällen durch unvorhergesehene Ereignisse; insbesondere die Praktiken des Angeklagten zerstört wird. Gerade wegen des provisionalen Charakters der Tätigkeit des UR. hat man die Kautelen im Anklagebeschlußverfahren eingeführt. Danach ist der Angeschuldigte in der Lage, vor Versetzung in den Anklagezustand weiteres Material zu seiner Verteidigung und Entlastung zur Geltung zu bringen. Über dieses Anbringen muß, wenn nur die — oft genug verlängerte — Frist gewahrt wird, befunden werden. Die demgemäß angeordneten Beweiserhebungen dürfen nicht in die Hauptverhandlung verlegt, sondern müssen unverzüglich vorgenommen werden, weil durch sie ja möglicherweise die Anklageschrift entkräftet werden kann. Das Gericht ist überdies auch — unabhängig von den Anträgen des Angeschuldigten — bei Unklarheit des Sachverhalts verpflichtet, weitere Beweisaufnahmen zu beschließen. Bei dieser Lage des Gesetzes sieht sich von Schwarze (im GS., s. oben 62 S. 102) zu dem Zugeständnis genötigt, daß das Bedürfnis für ein Rechtsmittel gegen die Ver-

Direktiven nicht gegeben werden dürfen, denn er hält es für zweckmäßiger, daß eine Ergänzung der VU., die nicht in vereinzelten Beweiserhebungen besteht, dem UR. übertragen wird.

fügungen des UR. bis auf ein Minimum reduziert ist, daß es sich also höchstens um Ausnahmen handeln kann.

Schließlich ist die Frage zu erörtern, ob nicht die untersuchungsführende Tätigkeit des UR. schon nach ihrer funktionellen Seite hin eine Beschwerde ausschließt. In dieser Richtung ist nun die geschichtliche Entwicklung — im Grunde genommen — stehengeblieben. Zwar ist unser Strafprozeß als solcher akkusatorisch (Rosenfeld, § 17), die VU. ist aber nicht akkusatorisch (cf. Henschel, Reform der Untershchungshaft 1909, S. 15f.). Sie ist vielmehr inquisitorisch (cf. Binding) oder bewegt sich mindestens in inquisitorischen Traditionen, um mit Ullmann zu reden. Als Inquisitorium, d. h. als ein auf Heimlichkeit und Schriftlichkeit beruhendes Prozeß-Untersuchungsinstitut ist sie von sich aus beschwerdemäßigen Eingriffen unzugänglich. Sie ist es aber auch nach dem Ursprung ihrer Wesensäußerungen. Worauf beruht denn die Tätigkeit des UR.? Sie beruht auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen: Alles, was in der VU. geschieht und auch, was nicht geschieht, hängt regelmäßig von dem Ermessen des UR. ab, sein Schaffen ist arbiträr. Das ist — nach den obigen Exzerpten — in der Literatur Gemeinplatz. Wenn trotzdem Doktrin und Praxis dieses Ermessen mit dem Gefäß des § 346 einfach zudecken und ersticken, so liegt die Ursache in der mangelhaften Differenzierung der untersuchungsrichterlichen Tätigkeit und in der Nichterkenntnis des Wesens und der Bedeutung des ihr zugrunde liegenden Ermessens[10]).

Dieses Ermessen ist, was die Methode der Untersuchung betrifft, insbesondere die Auswahl der Beweise, die Technik der Vernehmung, die Ordination der Akte usw., frei, wie sich zeigen wird. Anders liegt die Sache dagegen hinsichtlich der Beurkundung der Untersuchungshandlungen und der Genehmigung dieser Beurkundung (§§ 185, 186), hinsichtlich der Beweiserhebung bei drohendem Beweismittelverlust und bei Vorbereitung des Verteidigungsbeweises (§ 188 Abs. 2), hinsichtlich des dringlichen Eingreifens bei Offenbarwerden einer anderen Tat (§ 189), hinsichtlich der Bekanntmachung der Eröffnungsverfügung und der geheimen Vernehmung des Angeschuldigten (§ 190), hinsichtlich der Parteienöffentlichkeit (§§ 191, 193) und hinsichtlich der Aktenabgabe nach Schluß der VU. sowie der Bekanntmachung des Abschlusses der VU. (§ 195). Bei Vernehmungen und Augenscheinseinnahmen muß ein Protokoll mit Angabe der Formalien aufgenommen werden, das von den Beteiligten nach Vorlesung oder Vorlegung, vom UR. und vom Gerichtsschreiber zu unterschreiben ist und den Vermerk der Genehmigung und des eventuellen Grundes der fehlenden Unterschrift des Zeugen usw. zu enthalten hat. Nur hinsichtlich des Zustandekommens des Protokolls (zum Beispiel durch Diktat oder selbständige Niederschrift des Protokollanten) und seiner Fassung waltet wiederum das Ermessen des UR. Ferner kann sich der UR. nach § 188

---

[10]) Auf die bisher unbebaute Domäne des strafprozessualen Ermessens überhaupt will ich mich hier nicht begeben. Ich hoffe, sie bald an anderer Stelle bewirtschaften zu können.

Abs. 2 Beweiserhebungen unter keinen Umständen entziehen, wenn es sich um Konservierung von Beweismitteln und um eine bestimmte Entlastung des Angeschuldigten (zum Beispiel psychiatrische Begutachtung, Strafmilderungsbeweis) handelt. Ob es sich aber darum handelt, ob der Verlust zu besorgen steht, ob der betreffende Entlastungsbeweis erforderlich erscheint, ist seinem Ermessen anheimgegeben. Denn es steht nicht vorsorgliche Beweisaufnahme überhaupt in Frage, sondern nur vorsorgliche Beweisaufnahme im Hinblick auf das Ergebnis der bisherigen Untersuchung, auf die Umstände des konkreten Falles. Nach § 189 muß der UR. bei Gefahr im Verzuge das Erforderliche zur Aufklärung einer nicht zur Anklage stehenden Tat bewirken, wenn Anlaß zur Ausdehnung gegeben ist. Ob solcher Anlaß vorliegt, ob Gefahr im Verzuge ist und welche Schritte erforderlich sind, bleibt abermals Sache des Ermessens des UR. Nach § 190 muß der UR. den Angeschuldigten, sei er auch schon zehnmal vorher vernommen und von Anfang an geständig, einmal in der VU. vernehmen und ihm dabei die Eröffnung der VU. mitteilen. So oft er ihn vernimmt, dürfen StA. und Verteidiger nicht dabei sein. Wann die erste Vernehmung angezeigt ist und wie oft sich weitere Vernehmungen empfehlen, unterliegt dem Ermessen des UR. Nach § 191 müssen bei Augenscheinseinnahmen und Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen, die voraussichtlich in der Hauptverhandlung nicht erscheinen können, StA., Angeschuldigter und Verteidiger zugegen sein, falls sie es wünschen, und dementsprechend benachrichtigt werden, wenn dadurch kein Aufenthalt für die Sache entsteht. Ob Augenscheinseinnahme am Platze, ob vorsorgliche Vernehmungen nötig sind, ob Terminsbenachrichtigung einer Beschleunigung nicht entgegensteht, ob der angesetzte Termin beizubehalten ist, regelt sich nach dem Ermessen des UR. Nach Abschluß der VU. hat der UR. die Akten dem StA. zu übersenden und den Angeschuldigten davon in Kenntnis zu setzen. Ob aber die Untersuchung abschlußreif, der Zweck der VU. für erreicht zu erachten ist, darüber befindet allein das Ermessen des UR. Die in den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen nicht zusammen auftretenden Spielarten des Ermessens, des Ob-Ermessens und des Wie-Ermessens finden sich sonst im Bereich des § 182 neben- und miteinander.

Läßt sich nun aus anderen gesetzlichen Bestimmungen entnehmen, daß das Ermessen des UR. nicht oder nicht überall in den Bereich der Beschwerde gezogen werden darf?

Das Gesetz selbst verwendet den Ausdruck »Ermessen« im dritten Abschnitt des zweiten Buches nicht. Sonst ist er ihm aber keineswegs fremd; es verwendet ihn bald substantivisch allein oder in Verbindung mit »frei« und »richterlich«, bald adjektivisch. Adjektivisch begegnet er uns als »angemessen« in dem § 59 (Belehrung über die Bedeutung des Eides), § 84 (Sachverständigenvergütung), § 264 Abs. 4 (Aussetzung der Hauptverhandlung bei veränderter Sachlage), § 394 Abs. 1 (keine Zurückverweisung bei Angemessenheit der niedrigsten Strafe) und in den §§ 503 Abs. 3, 505 Abs. 1 (Kostenverteilung). Substantivisch er-

scheint er als bloßes »Ermessen« in den § 87 Abs. 2 (Zuziehung eines Arztes bei der Leichenschau), § 147 Abs. 4 (Verabfolgung der Akten in die Wohnung des Verteidigers), § 232 Abs. 1 (Entbindung des Angeklagten von dem Erscheinen in der Hauptverhandlung), § 333 (Publikation des Beschlagnahmebeschlusses im Verfahren gegen Abwesende), § 411 Abs. 4 (Publikation der Aufhebung des ersten Urteils im Wiederaufnahmeverfahren), § 486 Abs. 3 (Zulassung Dritter bei der Hinrichtung); als »richterliches Ermessen« in den § 149 Abs. 3 (Zulassung von Beiständen) und vorher in § 57 Abs. 1 (Beeidigung der Zeugnisverweigerungsberechtigten); schließlich als »freies Ermessen« in den §§ 118 Abs. 2, 174 Abs. 1 (Höhe der Sicherheitsleistung) und § 245 Abs. 4 (nachträgliche Beweisanträge). An einer Stelle des Gesetzes wird zwar der Ausdruck »Ermessen« vermieden, dafür aber das Charakteristikum der Ermessensentscheidung in den Text aufgenommen, nämlich im § 2 Abs. 2 (Trennung verbundener Strafsachen »aus Gründen der Zweckmäßigkeit«).

Aus dieser vereinzelten Verwendung darf natürlich nicht geschlossen werden, daß das Gesetz in allen anderen Fällen eine Ermessenstätigkeit des Richters ausschließt, wie ebensowenig aus der Verschiedenheit des Ausdruckes entnommen werden darf, daß von Grund aus verschiedenes damit gemeint sei.

Interessant ist es zu verfolgen, wie sich Literatur und Praxis zur Frage der Beschwerde oder anderer Rechtsmittel in diesen ausdrücklich so bezeichneten Ermessensfällen gestellt haben. Das Material ist spärlich, aber doch wichtig für unsere Aufgabe.

§ 2 Abs. 2: Löwe hält die Worte »aus Gründen der Zweckmäßigkeit« für überflüssig und unangemessen, weil in § 2 Abs. 1 und in § 4 ebenfalls GdZ. in Frage kämen. Er meint, daß eine Beschwerde gegen den Trennungsbeschluß »nicht ausgeschlossen« sei und beruft sich auf Keller S. 4, der aber gar nichts über diese Frage sagt. Im Widerspruch damit akzeptiert er den Standpunkt des RG., daß der Angeschuldigte gegen einen Verbindungsbeschluß trotz Beweismittelverlustes kein Recht des Widerspruchs hat (Goltd. Arch. 45, 262).

§ 57 Abs. 1: Das RG. spricht in E 47, 288 aus, daß die Nichtbeeidigung keinen Gesetzesverstoß enthalte, und für die Handhabung des § 237, daß das richterliche Ermessen in der Hauptverhandlung durch die Beeidigung oder Nichtbeeidigung von Zeugen in der VU. nicht beengt werde (Rechtsprechung 1, 359). Aus dem zuletzt genannten Urteil ist von Bedeutung der Satz: »Die Entscheidung, die aus richterlichem Ermessen erfließt, bedarf notwendig nur insofern einer Begründung, als die gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen dies Ermessen eintreten soll, als vorhanden festgestellt werden müssen.«

§ 59: Daude und die anderen Kommentatoren berufen sich auf RG. in E 6, 267 dafür, daß die Unterlassung der Belehrung keinen Revisionsgrund abgebe. Neuerdings hat sich das RG. in E 40 Nr. 42 in demselben Sinne ausgesprochen.

§ 118: Löwe lehrt, der Richter werde die Höhe der Sicherheit nach Lage des einzelnen Falles so zu bestimmen haben, daß angenommen

werden könne, der Angeschuldigte werde den eventuell eintretenden Vermögensverlust für ein empfindlicheres Übel ansehen als die Vollstreckung der Strafe. Die Art der Sicherheit anlangend, so dürfe der Richter jede Sicherheit in barem Gelde zurückweisen, wenn er sie nicht für angemessen erachte. In betreff der Zulässigkeit der Beschwerde sollen die allgemeinen Bestimmungen des § 346 gelten.

§ **174**: Nach Löwe ist hier die Entscheidung ganz in das Ermessen des Richters gestellt. Er werde die Stärke der angeführten Verdachtsgründe und die Berechtigung des Interesses, das der Antragsteller an der Verfolgung habe, in Betracht ziehen müssen.

§ **232**: Löwe nimmt hinsichtlich des Ausdrucks »voraussichtlich« auf den (eine Beschwerde ausschließenden) § 75 GVG. Bezug.

Das RG. hat in E 17, 6 die Ansicht der ersten Instanz, daß das Ermessen des Gerichts über die zu erwartende Beurteilung der Tat ein freies sei, das durch die bei Eröffnung des Hauptverfahrens bestimmend gewesene Beurteilung der Sache nicht gebunden werde, gemißbilligt: Das Ermessen finde seine notwendige Begrenzung im Eröffnungsbeschluß, nur wenn die Qualifikation der Tat die Einhaltung der Strafmaßgrenzen des § 232 gestatte, könne das Ermessen zur Geltung kommen.

§ **245**: Löwe beruft sich auf die Motive dafür, daß Anträge auf Aussetzung der Verhandlung nach allen Richtungen hin dem freien Ermessen des Richters überlassen seien. Stenglein (Komment., Note 4) lehrt ebenfalls, daß die Entscheidung ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt sei, und folgert daraus, daß sie als Beschwerdegrund gegen das Urteil nur insoweit benutzt werden könne, als aus der Begründung hervorgehe, daß das Gericht bei Bescheidung des Antrages in einem Rechtsirrtum befangen gewesen sei oder den Antrag falsch aufgefaßt oder zum Beispiel die Verteidigung beschränkt habe (prozessuale Gründe).

Ob der Angeklagte die Sache verschleppen will, hat das Gericht nach RG. in §§ 12, 336; 22, 336 f. nach seinem Ermessen zu beurteilen. Freilich wird die Schwierigkeit der Prüfung die pflichtmäßigen Erwägungen des Gerichts nur in seltenen, besonders gearteten Fällen zu einer solchen Überzeugung von der Verschleppungsabsicht führen dürfen. Sobald aber diese Überzeugung auf rechtlich unanfechtbarer Grundlage gewonnen ist, liegt ein Verstoß nach § 245 und § 377[8] nicht vor (ebenso RG. im Recht 12, 3368).

§ **264**: In verschiedenen Urteilen erörtert das RG., daß die Frage, ob die Sachlage sich verändert habe, eine prozessualische, also durch rechtliche Erwägungen mitbedingte und daher auch insoweit nachprüfbare sei, daß aber nach der faktischen Seite das Ermessen des Gerichts herrsche (E 1, Nr. 54, S. 107 f.; 28, 125; Rechtspr. 2, S. 21 und in Senff. Bl. 75, S. 73, 74).

Löwe betont noch, daß darüber, ob die Aussetzung zur besseren Vorbereitung der Anklage erforderlich sei, und über die Dauer der Aussetzung stets das Ermessen des Gerichts zu befinden habe.

§ 505: In dem Falle in E 18, Nr. 89, S. 347 hatte die erste Instanz darin, daß die Revision zur Aufhebung des früheren Urteils, nicht zur Freisprechung führte, nur einen teilweisen Erfolg des Rechtsmittels gesehen, aber von der Befugnis der Kostenverteilung keinen Gebrauch gemacht. Das RG. bezeichnet diese Entscheidung als unanfechtbar, weil die Befugnis im freien Ermessen des Gerichts liege.

Zur Ergänzung mögen noch einige Entscheidungen zu Ermessensfällen, die im Gesetz nicht expressis verbis als solche erkennbar gemacht sind, angeführt werden.

§§ 54, 69: Der Umfang des Rechts, auf bestimmte Fragen die Auskunft zu verweigern, kann nach den Umständen des Falles ebenso verschieden sein, wie die Frage nach der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung ganz verschiedenartiger Beurteilung je nach der tatsächlichen Lage des Einzelfalles fähig ist. Deshalb kann nur der Richter nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob und inwieweit die Auskunft verweigert werden darf. Das ist mit der Revision nicht anfechtbar.

RG. im »Recht« 1914, Nr. 1028.

§§ 86, 191, 224: In dem sehr wichtigen, mit der früheren Praxis brechenden Urteile des RG. in E 47, Nr. 29, S. 100 f. führt das RG. aus, daß die Anordnung der richterlichen Augenscheinseinnahme wie die Erhebung des Sachverständigenbeweises ganz in das pflichtmäßige, das heißt das von der Pflicht zur Wahrheitsermittlung geleitete Ermessen des Tatrichters gestellt ist und der Revisionsrichter daher nur prüfen kann, ob das pflichtmäßige Ermessen entscheidend gewesen ist. Es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß der Tatrichter nicht nach freiem Ermessen, das heißt nach Gutdünken verfahren dürfe, sondern nur nach pflichtmäßigem Ermessen. Diesem ist aber die Beurteilung der für die Notwendigkeit des Augenscheins wesentlichen Tatumstände allein überlassen, und dahin kann die Revision nicht folgen.

§§ 58, 243: Die StPO. hat keine Bestimmung, wonach der Beschuldigte seine Gegenüberstellung mit Zeugen zu einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Art verlangen und deshalb Aussetzung erzwingen kann, vielmehr hat über die Gegenüberstellung der Richter nach seinem durch die Pflicht zur Wahrheitsermittelung geleiteten Ermessen zu befinden. Deshalb kann eine **Beschwerde** nicht daraus abgeleitet werden, daß ein Antrag, mit Zeugen erst dann konfrontiert zu werden, wenn Haare und Bart wieder gewachsen sind, mit der Begründung abgelehnt wird, daß ein anderes Ergebnis von der Konfrontation auch in diesem Falle nicht zu erwarten ist. RG. im »Recht« 1914 Nr. 1514 (ebenso RG. bez. Anwesenheit der bereits gehörten Zeugen beiden weiteren Zeugenvernehmungen a. a. O. Nr. 1513).

§ 261: Das Gesetz hat es in das freie Ermessen der Strafgerichte gestellt, ausnahmsweise von der Regel, die ihnen die Entscheidung der für den Strafprozeß in Betracht kommenden bürgerlichen Rechtsverhältnisse zur Pflicht macht, abzuweichen und zur besseren Vorbereitung ihrer zivilrechtlichen Entscheidung vorgängig die Eröterung und Erledigung der streitigen Fragen des bürgerlichen Rechts im Wege

des bürgerlichen Prozesses von den Zivilgerichten zu fordern. Darauf, daß ein Strafgericht keine Veranlassung gefunden hat, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, kann die Revision nicht gestützt werden. RG. in E 18 Nr. 32.

Das ist verkannt vom OLG. München in Sammlung der Entscheidungen in Strafsachen 9 Nr. 139, S. 408, 409[11]).

Rein chronologisch gewinnt es den Anschein, als ob strafprozessuale Ermessungsakte häufiger nur in der ersten Zeit nach Errichtung des RG. und dann erst wieder in den letzten Jahren Gegenstand von Revisionsangriffen gewesen sind. Über die Häufigkeit der Beschwerden läßt sich auch nicht schätzungsweise urteilen, da Instanzbeschlüsse der Strafkammern — und beträfen sie noch so zweifelhafte Fragen — regelmäßig nicht für würdig befunden werden, in die Sammlungen der Entscheidungen aufgenommen zu werden. Auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte versagt für unsere Frage völlig. Aus eigener untersuchungsrichterlicher Praxis kann ich zwar keinen konkreten Ermessens-Beschwerdefall mitteilen, wohl aber einen für die allgemeine Auffassung typischen Zivilklagefall. Ein Strafgefangener hatte den UR. auf Schadensersatz verklagt, weil von diesem bei dem Kläger beschlagnahmte Pfandscheine im Laufe der Untersuchung verfallen waren und der UR. nach Ansicht des Klägers verpflichtet gewesen wäre, dem Pfandleiher von der Beschlagnahme Mitteilung zu machen. Im Gegensatz zu dem AG., das sich für unzuständig erklärte, lehnte das Landgericht Hamburg die Bewilligung des Armenrechts ab, und zwar aus folgenden Gründen:

»Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die wegen vorsätzlichen oder fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht begründete Schadensersatzpflicht des Beamten nicht ein, wenn der Verletzte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Gegen jede Verfügung des UR. stand dem Kläger oder seinem Verteidiger nach § 346 StPO. die Beschwerde an die Strafkammer zu. Der Kläger gibt nicht an, warum er von diesem Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht hat, er hat deshalb die Beschwerde schuldhaft nicht eingelegt. Zudem bestand für den UR. keine Verpflichtung, dem Pfandleiher Mitteilung zu machen. . . . . Er war außerdem nie verpflichtet, die Beschlagnahme aufzuheben, solange er nach seinem freien richterlichen Ermessen der Ansicht war, daß die Pfandscheine als Beweismittel für die VU. von Bedeutung sein könnten . . . .«

(Beschluß des LG. Hamburg in Sachen F. Dr. V. vom 25. Februar 1914 Z VI 107—14.)

Aus den vorgeführten Entscheidungen des RG. ergibt sich zunächst als Ansicht des RG., daß überall da, wo das Gesetz im Prozeßbetrieb das richterliche Ermessen walten läßt, dem von der Ausübung dieses

[11]) Interessant für die Frage der Ermessensfreiheit bei der mittelbaren Beweisführung ist auch das Urteil des RG. im »Recht« 1914 Nr. 2022, wo allerdings die Unzulässigkeit der Anfechtung nicht erörtert wird.



Ermessens Betroffenen das Rechtsmittel der Revision verschlossen bleibt und daß daher die Art der positiven Ermessensausübung ebensowenig revidiert werden kann wie die Unterlassung dieser Ausübung. Letztere ist nur die negative Seite des Ermessens. Es ergibt sich dann aber weiter, daß — obschon die Ermessensakte (positiv oder negativ) selbst nicht revisibel sind — doch ihre Voraussetzungen revisibel sind. Nur insoweit macht es etwas aus, ob es sich um freies Ermessen oder um gebundenes, begrenztes, beengtes Ermessen handelt. Bei diesem unterliegt auch die Einhaltung der Grenzen der Nachprüfung, bei jenem nur die Tatsache der Ausübung.

Der Auffassung des RG. ist unbedingt beizupflichten. Bedenken erregt indes die Gegenüberstellung und Unterscheidung von freiem Ermessen als Gutdünken und pflichtmäßigem Ermessen als dem durch die Pflicht zur Wahrheitsermittlung geleiteten Ermessen. Man könnte dann auch sagen: freies-pflichtloses oder gar pflichtwidriges Ermessen und unfreies Ermessen. Ein vollkommen freies Ermessen gibt es im Rechtsstaate nicht. Ein vollkommen unfreies Ermessen ist kein Ermessen mehr. Auch das freie Ermessen steht noch unter dem Gesetz und kann sich nur in dem ihm zugewiesenen Anwendungsbereich betätigen. Der Anwendungsbereich wird aber vor allem bestimmt durch die obersten Grundsätze und Zwecke des Gesetzes. Der deutsche Strafprozeß beruht auf dem Prinzip der materiellen Wahrheit. Soweit das richterliche Ermessen nicht diesem Prinzip dient, soweit es zum Beispiel auf formelle Wahrheit abzielt, ist es prinzip- und gesetzwidrig. Das strafprozessuale Ermessen des Strafrichters erschöpft sich überhaupt in der Wahrheitsermittlung, es ist nichts anderes als ekläristisches, rekognoszierendes Ermessen. Nur bei dem kostenverteilenden, bei dem straffestsetzenden und bei dem kautionalen Ermessen schlägt dieser Gesichtspunkt nicht durch. Diese Ermessensarten haben aber nur akzessorischen Charakter. Es kann also auch das inhaltlich ungehemmte Ermessen gleichwohl ein pflichtmäßiges sein und ist es auf dem Gebiet des Strafprozesses. Das freie Ermessen und das begrenzte Ermessen des RG. sind daher nur verschiedene Grade und Maßstäbe der Gebundenheit eines und desselben **pflichtmäßigen** Ermessens[12]). Von diesem pflichtmäßigen Ermessen ist auch gerade mit Bezug auf die VU. in der oben S. 92 angeführten Entscheidung des RG. die Rede. Es handelt sich hier also nicht um billiges und insoweit objektiv gebundenes Ermessen (was allerdings für revisibel erachtet wird), sondern um ein innerhalb der allgemeinen Zweckgrenze freies Ermessen. Die Produkte dieses Ermessens sind stets objektiv rechtmäßig, sie können also nicht

[12]) Cf. dazu Vierhaus, Methode der Rechtsprechung, S. 62: »Willkür soll der Richter niemals üben, auch wenn er nach freiem Ermessen entscheidet, ist er an seine Überzeugung gebunden.« Diese Überzeugung kann aber wiederum nur, muß man hinzusetzen, eine auf das Gesetz projizierte sein!

wegen objektiver Unzweckmäßigkeit, Sachwidrigkeit oder Unangemessenheit beanstandet werden. Das hat Oertmann, der über den Ermessensbegriff am sichersten und prägnantesten geschrieben hat, an verschiedenen Stellen mit erfreulicher Schärfe hervorgehoben (cf. DJZ. 1912, 186 ff. und Vortr. d. Gehe-Stiftg. IV, 2, S. 17, 24). In der Unstatthaftigkeit der Beanstandungen liegt gerade der Gegensatz, sagt Oertmann. Das ist aber mindestens mißverständlich. Denn die Frage der Beanstandung soll ja erst aus dem Wesen der Ermessensakte gelöst werden. Und Oertmann bekennt selbst, daß auch die Verkennung des billigen Ermessens im Einzelfall rein logisch eine Gesetzesverletzung nicht begründe. Im übrigen beschränkt Oertmann seine Ausführungen auf das Rechtsmittel der **Revision.** Frage alsdann: Kann aus der Irrevisibilität (i. e. S.) des Ermessens im Strafprozeß dessen Unanfechtbarkeit überhaupt hergeleitet werden? Das RG. scheint nach dem Urteil im »Recht« 1914, Nr. 1514 (s. oben S. 92) auf diesem Standpunkt zu stehen. Die Rechtslehrer und Kommentatoren schweigen meist über diese Frage; die sich darüber äußern, nehmen den entgegengesetzten Standpunkt ein, indes ohne jede Begründung außer Voitus (Kommentar), der den Mangel einer entgegenstehenden Vorschrift als vorhanden annimmt und trotz Zugeständnisses von Fällen, wo das arbitrium des Richters maßgebend ist, diese Maßgeblichkeit durch die Zulassung der Beschwerde unmaßgeblich macht. Meines Erachtens kann die verschiedene Natur der Rechtsmittel an der prinzipiellen Unantastbarkeit der reinen Ermessensakte nichts ändern. Auch das Rechtsmittel der Beschwerde im Strafprozeß ist nur ein Rechtsmittel zur Beseitigung rein prozessualer Verstöße, kein Rechtsmitel zur Entscheidung von Opportunitätsfragen[18]). Soweit es dazu gebraucht wird, liegt ein Mißbrauch vor. Es werden ihm Funktionen beigelegt, die es nach dem Prozeßgesetz nicht hat. Es wird unter verwaltungsrechtliche Grundsätze und Gesichtspunkte gestellt! Im verwaltungsrechtlichen Behördenorganismus ist die Nachprüfung des freien Ermessens auch hinsichtlich seiner Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit notwendig und gegeben, das übergeordnete Ermessen tritt hier an die Stelle des untergeordneten (cf. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in der Festgabe f. Laband S. 503 ff.). Für die Justiz gilt das nicht. Richtig ist allerdings, daß unser heutiger Strafprozeß aus einer rein administrativen Tätigkeit der betreffenden Staatsbeamten hervorgeht und das heutige Strafverfahren nur durch seinen Charakter als Akkusationsprozeß die Natur eines Rechtsstreites bekommt und dadurch aus der Sphäre eines Vorgehens nach Zweckmäßigkeit herausgehoben wird (Rosenfeld, § 17).

---

[18]) Kleinfeller (Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl., S. 490) lehrt ganz allgemein: »Rechtsmittel im weitesten Sinne ist jede Prozeßhandlung, durch welche die Aufhebung eines Nachteils im Prozeß, insbesondere die Nachprüfung und Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung angestrebt wird, weil sie ungerecht oder nichtig oder unbillig ist. Nur für den ersten Fall dienen die Rechtsmittel i. e. S. (Berufung, Revision und Beschwerde!)«

Richtig ist auch, daß die praktische Handhabung des Gesetzes dahingeführt hat, daß der UR. kein Richter im eigentlichen Sinne, sondern ein mit gesteigerten Machtvollkommenheiten ausgerüsteter Staatsanwalt, also ein Organ der Strafverfolgung geworden ist (Henschel a. a. O., S. 7). Das erklärt aber höchstens nur die mißbräuchliche Verwendung der Prozeßbeschwerde zu Ermessenskorrekturen, rechtfertigt sie jedoch nicht. Vereinzelt ist auch der Doktrin das Bewußtsein aufgedämmert, daß die Beschwerde nicht das Rechtsmittel für alles sein kann, nämlich da, wo das administrative Interesse besonders kraß im Gesetz selbst in die Erscheinung tritt, zum Beispiel in den Fällen, wo die Verfolgung strafbarer Handlungen in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt ist, soll das Antragsrecht des § 170 Abs. 1 StPO., das inhaltlich einer weiteren Beschwerde gemäß § 352 StPO. gleichkommt, nicht Platz greifen. Löwe (Note 4) stellt dabei den allgemeinen Satz auf: »Die Gerichte sind nicht zur Entscheidung von Opportunitätsfragen berufen« [14]). Bennecke-Beling S. 279, 485 hält ein gerichtliches Klageprüfungsverfahren für unzulässig, soweit der Opportunitätsgrundsatz herrscht. Keller, S. 172 und Thilo, S. 184 exemplifizieren auf den Fall des § 4 StGB. und halten um deswillen eine Beschwerde für ausgeschlossen, weil der Strafprozeß sich grundsätzlich nur mit den Formen des Verfahrens befasse. Gegen den Eingriff in das Ermessen der StA. — wenn auch nicht speziell aus dem Gesichtspunkt der Beschwerde — nehmen ebenfalls Stenglein, Komentar S. 322, 323, John, II, 227 f. und Hellweg-Dochow, S. 104 Stellung.

Nun liegt die Sache aber so, daß Voitus mit seiner Annahme, daß eine die Beschwerde gegen Ermessensakte des UR. ausschließende Gesetzesvorschrift nicht existiere, nur insoweit recht hat, als tatsächlich keine derartige generelle und ausdrückliche Vorschrift in

[14]) Ob der Satz in dieser Allgemeinheit richtig ist, kann stark bezweifelt werden. So hat sich das Hanseatische OLG. bei Anträgen der StA. auf Vornahme einer richterlichen Handlung zwecks Unterbrechung der Verjährung auf den Standpunkt gestellt, daß die Strafkammer berechtigt sei, die Zweckmäßigkeit solcher Anträge zu prüfen (cf. Entsch. d. Hanseat. OLG. i. Strafs. III 177). Diese Berechtigung wird daraus hergeleitet, daß die Strafkammer überall nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit etwa beantragter Untersuchunghandlungen prüfen könne. Das ist aber nicht schlüssig. Denn bei Anträgen auf Unterbrechung der Verjährung wird nur scheinbar eine Untersuchungshandlung, zum Beispiel die Anstellung irgendwelcher Ermittelungen gewollt: es soll nur richterlicherseits irgend etwas geschehen — was und mit welchem Erfolge, ist völlig einerlei —, um eine Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen. Ob die beantragte Untersuchungshandlung als solche zweckmäßig ist, steht daher gar nicht zur Frage. Zur Frage steht nur, ob es bei dem bisherigen Untersuchungsergebnis zweckmäßig ist, in den Lauf der Verjährung einzugreifen. Darüber zu befinden, liegt allerdings im Rahmen der Befugnisse der Strafkammer als Beschlußkammer, die über Fortgang und Endigung des Verfahrens zu entscheiden hat. Diese Entscheidung ist dann aber, soweit sie Ermessensentscheidung ist, der Nachprüfung durch die höhere Instanz entzogen. Dagegen verstößt der zitierte Beschluß des Hanseat. OLG. In einem andern Falle (a. a. O. III 125) hat übrigens dasselbe Gericht die Zweckmäßigkeitsprüfung für unzulässig erklärt.

das Gesetz aufgenommen ist. Wohl aber findet sich eine Einzelvorschrift, die erkennen läßt, daß dem Gesetzgeber die Vorstellung der Beschwerdeunfähigkeit reiner Ermessensakte nicht fremd gewesen ist. Das ist die Bestimmung in § 193 Abs. 1, wonach der Angeschuldigte, wenn der Richter seinen Antrag auf Ladung der von ihm für die Hauptverhandlung in Vorschlag zu bringenden Sachverständigen zu dem Augenscheinseinnahmetermin ablehnt, sie selbst laden lassen kann. Diese Bestimmung ist ein Korrelat zu § 219 Abs. 1: »Lehnt der Vorsitzende den Antrag auf Ladung einer Person ab, so kann der Angeklagte die letztere unmittelbar laden lassen«. Daß bei § 219 ein Akt des freien Ermessens in Frage steht, ist vom RG. schon in »Rechtsprechung« 1, 159 ausgesprochen. Nicht anders liegt der Fall bei § 193, der von Dr. Wolffson erst in der zweiten Lesung in das Gesetz hineingebracht ist. Man hat damals nur über die Bedenklichkeit der Zulassung zweier Sorten von Sachverständigen debattiert. Über die Bedeutung der Ablehnungsbefugnis des UR. und deren Beanstandung ist kein Wort verloren. Der Einbringer des Vorschlages und Urheber des Wortlauts muß sich aber darüber klar gewesen sein, daß die Zulassung der unmittelbaren Ladung nicht richterlicher Sachverständiger im Augenscheinsverfahren für den Fall der Ablehnung ihrer gerichtsseitigen Ladung vom Standpunkt des Angeschuldigten aus bedeutet, daß er die gerichtsseitige Ladung seiner Sachverständigen auf prozeßlegalem Wege nicht erzwingen kann, insbesondere also nicht durch Anrufung der Strafkammer als Beschwerdeinstanz. Wollte man das Gegenteil annehmen, so wäre die Durchbrechung des Prinzips der Offizialladung gerade an dieser Stelle nicht verständlich. Denn es steht nicht die Zuziehung etwelcher weiterer Sachverständiger in Frage, sondern nur die Zuziehung gerade der Sachverständigen, die für die Hauptverhandlung von dem Angeschuldigten vorgeschlagen werden. Überläßt man es aber dem Angeschuldigten, den angestrebten Zweck, nämlich die Teilnahme seiner Sachverständigen am Augenschein und an den erforderlichen Untersuchungen auf einem anderen als dem prozeßüblichen Wege zu erreichen, so gibt man zu erkennen, daß dieser Weg nur der für den Angeschuldigten maßgebende und allein zulässige sein soll. Nach den obigen Grundsätzen über ausdrückliche und stillschweigende Ausschließung der Beschwerde könnte hier vielleicht an einen Fall stillschweigender Ausschließung der Beschwerde in folgendem Sinne gedacht werden: Das Gesetz gibt dem Angeschuldigten statt des Rechts der Beschwerde gegen die Ablehnung der Ladung einen andern Behelf, nämlich die Beschwerde gegen die Nichtzulassung direkt geladener Sachverständiger. Das ist aber bei der Alterität der Beschwerdegegenstände doch wohl nicht möglich. Rechtfertigen läßt sich aber die Annahme einer stillschweigenden Ausschließung in dem Sinne, daß das Gesetz dem mit seinem Antrage auf Ladung seiner Sachverständigen nicht durchdringenden Angeschuldigten einen andern Weg eröffnet, um zu seinem Rechte zu gelangen, nämlich den der direkten Ladung (so auch Birkmeyer a. a. O., S. 729 bzw. des § 219!).

Mit der Feststellung der Tatsache der Unanfechtbarkeit der in Frage stehenden Ablehnung ist aber noch keine Einsicht gewonnen in die Ursachen dieser Unanfechtbarkeit. Man könnte sagen: die Beschwerde gegen die gerichtsseitige Ablehnung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil es gegen Ermessensakte überhaupt keine Beschwerde gibt, sondern deshalb, weil sie bei der Befugnis des Angeschuldigten, direkt zu laden, überflüssig ist, oder weil sie — zugelassen — die mit der direkten Ladung bezweckte Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens illusorisch machen würde. Das RG. motivirt die Jrrevisibilität des in § 219 dem Vorsitzenden eingeräumten Ermessens in dem zuvor zitierten Urteile vom 16. Dezember 1879, »Rechtsprechung« 1, 195 folgendermaßen:

»Die[se] nach § 219 StPO. in das freie Ermessen des Vorsitzenden gestellte Maßregel kann nach § 375 bis § 376 nicht zum Gegenstande der Beschwerde gemacht werden, weil das angefochtene Urteil nicht auf dieser Maßregel beruht. Es blieb dem Angeklagten überlassen, entweder nach § 219 .... die Ladung der Zeugen unmittelbar zu bewirken oder den Antrag auf Vorladung .... in der Hauptverhandlung zu wiederholen.«

Das RG. stützt hier also die die Unanfechtbarkeit in erster Linie nicht auf das Ermessen selbst, sondern auf den Mangel der Kausalität zwischen Ermessensakt und Urteil. Aus der ausdrücklichen Bezeichnung der Maßregel als Maßregel des freien Ermessens im Vordersatz kann aber doch wohl entnommen werden, daß das RG. auch *diese Natur der Maßregel selbst* als Grund gegen die Zulässigkeit der Anfechtung hat gelten lassen wollen. Denn sonst hätte die Hervorhebung, daß die Maßregel im freien Ermessen des Vorsitzenden liege, keinen Sinn. Das Ermessen in § 193 ist das gleiche wie in § 219. Leitend für dieses ist die größere oder geringere Gefährdung des Verhandlungszwecks, für jenes die größere oder geringere Gefährdung des Untersuchungszwecks. Wenn daher der Einzelrichter als Vorsitzender nach Maßgabe des § 219 *beschwerdefrei* schalten und walten kann, dann muß es auch der Einzelrichter als Untersuchungsricher in Anwendung des § 193 können. Wir kommen mithin zu dem Schluß, daß *das Gesetz das untersuchungsrichterliche Ermessen auf dem Gebiet des § 193 Abs. 1 der Beschwerde entzogen hat.* Dann entsteht aber sofort die Frage: In allen anderen Fällen ist also das untersuchungsrichterliche Ermessen der Beschwerde nicht entzogen? Die Verneinung ergibt schon der Hinweis, daß das Beschwerderecht im Gesetz nicht einheitlich und nicht im Sinne des § 346 Abs. 1 c. f. geregelt und daß das Ermessen überhaupt nicht weiter systematisiert und durchdacht ist. Man kann auch nicht aus einer stillschweigenden Ausschließung in dem einen Fall auf eine ausdrückliche Zulassung der Beschwerde in allen anderen Fällen schließen. *Es verhält sich vielmehr so, daß die Beschwerde gegen die Verfügungen des* UR. außer der Eröffnungsverfügung in dem *Abschnitt über die VU. überhaupt keine Regelung gefunden hat.* Die einzige Ausnahme bildet die Ablehnungsverfügung des § 193. *Das in der still-*

schweigenden Ausschließung der Beschwerde hier zutage tretende Prinzip gestattet dann aber ohne weiteres dessen Anwendung auf alle anderen Ermessensfälle gleicher Art.

Nach vorstehenden Ausführungen ergeben sich aus dem Abschnitt über die VU. folgende Beschwerdefälle:

1. Nichtzuziehung eines Gerichtsschreibers, Zuziehung eines ad hoc-Gerichtsschreibers in nicht dringenden Fällen, § 185;
2. Unterlassung der Protokollierung, Unterzeichnung, Verlesung usw. § 186;
3. Unterlassung vorsorglicher Beweisaufnahme usw. bei offenkundigem Vorhandensein der Voraussetzungen, § 188, Abs. 2;
4. Unterlassung vorsorglicher Beiweisaufnahme bei Offenbarwerden weiterer Straftaten und Gefahr im Verzuge, § 189;
5. Unterlassung der Vernehmung des Angeschuldigten, Gestattung der Anwesenheit von StA. und Verteidiger bei der Vernehmung des Angeschuldigten, § 190;
6. Verletzung der Vorschriften über die Parteienöffentlichkeit durch Nichtgestattung der Anwesenheit der Beteiligten trotz Verlangens, durch die Nichtbenachrichtigung von den Terminen trotz Nachteillosigkeit für die Sache, durch Nichtgestattung der Anwesenheit der vom Angeschuldigten benannten Sachverständigen bei der Augenscheinseinnahme trotz Nichtbehinderung der amtlichen Sachverständigen, §§ 191, 193;
7. Zurückbehaltung der Akten nach Abschluß der VU., Unterlassung der Mitteilung vom Abschluß an den Angeschuldigten, § 195;

Das weitere Beschwerderecht der VU. muß aus den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere aus den Abschnitten 6—11 des ersten Buches zusammengestellt werden. Einen wesentlichen Teil dieser Beschwerdefälle bilden die in § 347 ausgenommenen Entscheidungen über Verhaftungen, Beschlagnahmen, Straffestsetzungen und alle Entscheidungen gegen dritte Personen. Manche Vorschriften verweisen direkt auf die VU. (Forts. folgt.)

Das Vernehmungs- und Fragerecht der Parteien im Strafprozeß.

Von Rechtsanwalt Dr. Max Alsberg, Berlin.

Neben dem Antragsrecht, speziell dem Recht auf Stellung von Beweisanträgen, ist das Fragerecht das wichtigste Parteirecht des Strafprozesses.

I. Das Fragerecht ist enger als das Recht zur Vernehmung: Es setzt voraus, daß die Auskunftsperson über das Beweisthema bereits im Zusammenhang gehört ist. Der § 68 StPO. stellt das Verhältnis dieser beiden Begriffe klar. »Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was

ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. Vor seiner Vernehmung ist dem Zeugen der Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten, sofern ein solcher vorhanden ist, zu bezeichnen.« Die zusammenhängende Sachdarstellung des Zeugen macht also seine Vernehmung aus. Was daneben auf spezialisierte Anregung von ihm bekundet wird, stellt sich rechtstechnisch als die Beantwortung von Fragen dar. »Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.« Diese Abgrenzung der Begriffe »Vernehmung« und »Befragung« muß dem § 68 StPO. entnommen werden: will man ein klares Bild über Inhalt und Umfang des in den §§ 238 ff. StPO. geregelten Vernehmungs- und Fragerechts der Parteien gewinnen.

II. Das Vernehmungsrecht der Parteien (sogenanntes Kreuzverhör) ist das verkümmertste Rechtsinstitut des Strafprozesses. Es ist aus unbegreiflichen Gründen vom § 238 StPO. an die Voraussetzung einer Einigung der beiden Parteien des Strafprozesses geknüpft. »Die Vernehmung der von der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten benannten Zeugen und Sachverständigen ist der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger auf deren übereinstimmenden Antrag von dem Vorsitzenden zu übertragen.« Fast in die gesamte Vernehmung könnten sich in der Mehrzahl der Fälle Staatsanwaltschaft und Verteidiger teilen, wenn sie sich über den vom § 238 StPO. geforderten gemeinschaftlichen Antrag einigen würden. In der Praxis ist dagegen das Kreuzverhör des § 238 StPO. so gut wie unbekannt. Staatsanwalt und Verteidiger haben geradezu die instinktive Empfindung, daß man es ihnen als eine Art Verschwörung auslegen würde, wollten sie mit Hilfe des § 238 StPO. das Recht zur Vernehmung an sich reißen. Aber auch ganz abgesehen davon: schon ein gewisses Würdegefühl hält davon ab, daß der Staatsanwalt sich an den Verteidiger oder dieser sich an den Staatsanwalt wendet, um von der Gegenseite die Zulassung einer Kampfregel zu erbitten, an der naturgemäß nur derjenige Teil ein Interesse haben kann, der befürchtet, der Vorsitzende möchte nicht schon von sich aus die Vernehmung in dem der betreffenden Partei günstigen Sinne leiten. Will man ein Vernehmungsrecht der Parteien im Strafprozeß gelten lassen, so mag man es, wenn man es nicht ausschließlich für die von der betreffenden Partei benannten Zeugen einführen will, von dem Ermessen des Gerichts abhängig machen. Es in Abhängigkeit von einem »übereinstimmenden Antrag« der Parteien zu setzen, ist so abwegig, daß ein verständiger Grund für eine solche Regelung überhaupt nicht auszudenken ist. Um so verwunderlicher erscheint es, daß der Entwurf zu einer neuen Strafprozeßordnung das Kreuzverhör in der gleichen Weise zu konservieren dachte. Mit einer knappen Majorität ist die Vorschrift dann von der Reichstagskommission gestrichen worden [1]).

---

[1]) Siehe Bericht der Reichtstagskommission, S. 424.

III. Das Fragerecht soll zur Ergänzung dessen dienen, was der Zeuge, nachdem er mit dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt gemacht ist, zunächst im Zusammenhang berichtet hat. Was dieser zusammenhängenden Darstellung des Zeugen nachfolgt, bezeichnet der § 68 StPO. als »weitere Fragen«. Also die eigentliche Vernehmung selbst erscheint dem § 68 StPO. bereits als eine Befragung. In einem weiteren Sinne ist sie das auch. Schon deshalb ist es aber verfehlt, im Sinne der §§ 239ff. nur das als Frage zuzulassen, was auch die Form der Frage wahrt. Wie sollte man auch glauben, daß ein Gesetz, das zunächst so großes Gewicht auf eine »zusammenhängende Darstellung« legt, im übrigen die Vernehmung streng auf die Vorlegung formulierter Fragen zugespitzt sehen möchte[2])!

In der Praxis der unteren Gerichte wird indes der Begriff der Befragung vielfach in jener strengen Bedeutung genommen und jede Anrede ausgeschlossen, welche die Form einer Erklärung oder Vorhaltung wählt, um den Zeugen zu weiteren Auskünften zu veranlassen. Der Zweck, zu dem den Parteien ein Fragerecht eingeräumt ist, wird so — ganz abgesehen von dem, was als aus dem Zusammenhang der Bestimmungen der Strafprozeßordnung folgend bereis gesagt ist — durchaus verkannt. Dabei ist ein solcher Standpunkt um so befremdlicher, als gerade der Praktiker wissen müßte, daß die Vorlegung präziser Fragen an die Geschicklichkeit und Schlagfertigkeit der Prozeßbeteiligten Anforderungen stellt, denen am wenigsten ein forensisch unerfahrener Laie gewachsen ist.

IV. Das Fragerecht der Parteien kann erst ausgeübt werden, wenn der Vorsitzende seinerseits die Befragung abgeschlossen hat, es sei denn, daß er schon vorher die Befragung gestattet. Hat er allerdings bei einer umfangreichen Vernehmung, die sich auf ganz verschiedene Dinge bezieht, die Vernehmung erkennbar in mehrere Teile zerlegt, so wird er es auch nicht den Prozeßbeteiligten verwehren dürfen, nach Abschluß einer jeden Teilvernehmung auch ihrerseits Fragen zu stellen. Andernfalls gefährdet er den Zweck, den das Fragerecht der Parteien erfüllen soll.

V. Die Ausübung des Fragerechts untersteht der Sachleitung des Vorsitzenden (s. § 237 StPO). Aber auch nur soweit diese Sachleitung reicht, hat der Vorsitzende ein Eingriffsrecht. Der Vorsitzende kann ungeeignete oder nicht zur Sache gehörige Fragen zurückweisen (§ 240 Abs. 2 StPO). Darin liegt zugleich: Soweit der Prozeßbeteiligte keine ungeeigneten oder nicht zur Sache gehörigen Fragen stellt, darf der Vorsitzende sein Fragerecht nicht beschränken. Es entspricht keinesfalls dem Sinne des Gesetzes, wenn ein Vorsitzender, was man zuweilen

[2]) Daß damit nicht dem Zweck der Wahrheitsermittlung gedient wird, ist mit Recht in der Kommission für die Reform der Strafprozeßordnung (die von Anfang 1903 bis Anfang 1905 getagt hat) bei der Beratung über die Frage der Beibehaltung des Kreuzverhörs (siehe Protokolle I, S. 236) betont worden. Nur hat man übersehen, daß dieses Argument nicht gegen das sogenannte Kreuzverhör spricht. Denn dieses untersteht den gleichen Regeln wie die Vernehmung durch den Vorsitzenden. Nur das Subjekt des Vernehmenden ist hier ein anderes.

beobachten kann, Fragen der Prozeßbeteiligten dadurch zu konterkarieren sucht, daß er der Beantwortung der einem Zeugen vorgelegten Frage dadurch vorgreift, daß er seinerseits Vorfragen stellt, durch welche die Frage des betreffenden Prozeßbeteiligten an Bedeutung verliert[3]).

Ebenso wie der Vorsitzende kann auch der einzelne Prozeßbeteiligte ihm erheblich erscheinende Punkte stufenweise aufzuklären suchen, ohne daß ihn hieran der Vorsitzende, soweit nicht eine der Voraussetzungen des § 240 Abs. 2 StPO. vorliegt, hindern dürfte. Ein ungerechtfertigtes Eingreifen des Vorsitzenden kann die Partei als »eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden« beanstanden und so eine ungestörte Ausübung des Fragerechts durch Gerichtsbeschluß erfordern (§ 237 Abs. 2 StPO.)[4]).

VI. Das Fragerecht der Parteien ist ein unmittelbares.

1. Die Partei kann nicht angehalten werden, die von ihr beabsichtigte Frage vorher dem Vorsitzenden mitzuteilen. Das erkennt das Reichsgericht ausdrücklich an[5]).

2. Die Partei kann nicht verlangen, daß die von ihr für dienlich erachtete Frage vom Vorsitzenden der Auskunftsperson vorgelegt wird. Der Vorsitzende braucht nur nach dem zu fragen, was er für erheblich hält, wenngleich er das Fragerecht der Parteien nicht auf das, was ihm erheblich erscheint, beschränken darf. Anderseits ergibt sich aus seiner ganzen Stellung die Pflicht, die rechtsunkundige Partei bei Ausübung ihres Fragerechts zu unterstützen[6]). Deshalb muß er erforderlichenfalls auch der Partei bei Stellung der von ihr gewünschten Frage helfen, ohne daß er sich dabei streng auf das beschränken dürfte,

[3]) Die Unzulässigkeit eines solchen Verhaltens ergibt sich mit logischer Konsequenz schon aus dem, was unten sub VI als Meinung des Reichsgerichts über die Frage gesagt ist, ob die Partei angehalten werden kann, eine von ihr zu stellende Frage vorher dem Vorsitzenden mitzuteilen.

[4]) Siehe dazu meine Ausführungen über »Leitung und Sachleitung im Zivil- und Strafprozeß«, Leipz. Zeitschr. 1914, S. 1169ff. Wenn Löwe-Rosenberg (§ 240 sub 7) die Anwendung des § 237 Abs. 2 auf den Fall beschränken, daß das Vernehmungsrecht (Kreuzverhör) wegen Mißbrauchs entzogen wird, soweit die Ausübung des Fragerechts in Betracht kommt, dagegen den § 241 StPO. für anwendbar erklären, — so ist diese Unterscheidung innerlich keineswegs gerechtfertigt, praktisch zudem bedeutungslos.

[5]) Urteil des II. Senats vom 4. Januar 1889, Entsch. Bd. 18, S. 365 auf S. 366. Die in diesem Urteil vertretene Auffassung, wonach bei einem Mißbrauch des Fragerechts der Partei die Verpflichtung auferlegt werden könne, ihre Fragen vor Stellung dem Vorsitzenden mitzuteilen, muß durch das Urteil desselben Senats vom 16. Mai 1905, Entsch. Bd. 38. S. 58, als aufgegeben angesehen werden. Dieses Urteil betont mit Recht, daß in solchen Fällen die Zurückweisung der einzelnen Fragen die einzig zulässige Maßnahme sei.

[6]) Was vom Reichsgericht mit Recht wiederholt für den ganz ähnlich liegenden Fall ausgesprochen ist, daß die Partei einen unvollständigen oder nicht verständlichen Beweisantrag stellt. Siehe zum Beispiel I. Senat vom 16. Januar 1911, Goltd. Arch. Bd. 59, S. 120. Darüber, daß er nicht Fragen wegen Unerheblichkeit zurückweisen darf, siehe unten zu Anm. 32.

was ihm erheblich erscheint. Wenngleich das Gesetz nur davon spricht, daß der Vorsitzende »Fragen zu gestatten hat«, so ist doch zu bedenken, daß das Vorlegenlassen von Fragen durch den Vorsitzenden gegenüber dem unmittelbaren Fragerecht der Partei ein minus ist. Davon geht mit Recht die Zivilprozeßordnung im § 397 aus, indem sie im allgemeinen den Parteien nur das Recht gibt, dem Zeugen Fragen vorlegen zu lassen. Der § 397 ZPO. stellt es in das Ermessen des Vorsitzenden, ob er der Partei das Recht zur direkten Fragestellung geben will. Nur ihren Anwälten darf es der Vorsitzende nicht weigern. Das mindeste, was für den Strafprozeß zu verlangen ist, wäre denn auch, daß der Vorsitzende eine rechtsunkundige Partei, welche die Vorlegung einer Frage wünscht, auf ihr direktes Fragerecht aufmerksam zu machen hat, wenn er die Stellung der Frage ablehnt. Denn von selbst versteht sich dieses direkte Fragerecht, wie schon der § 397 ZPO. zeigt, keineswegs [7]).

VII. Übt die Partei ihr Fragerecht im Rahmen des Gesetzes aus, so muß das Gericht diesem Recht auch mit allen gesetzlichen Mitteln Anerkennung verschaffen. Weigert der Zeuge die Beantwortung einer ihm von einer Partei vorgelegten Frage, so ist in gleicher Weise als wenn es sich um eine Frage des Vorsitzenden handelte, gemäß § 69 Abs. 1 StPO. zunächst auf eine Geldstrafe zu erkennen [8]). Nützt dieses Mittel nichts, so ist die Verhängung der Zwangshaft in Erwägung zu ziehen. Man kann deshalb nicht davon sprechen, daß die Partei keinen Anspruch habe, den Zeugen zur Beantwortung einer Frage zwingen zu lassen [9]). Ob Zwangshaft anzuordnen ist, muß allerdings hier wie überall dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben. Die Unterlassung einer Bestrafung gemäß § 69 Abs. 1 StPO. müßte dagegen in jedem Falle als eine Beeinträchtigung der Rechte der betreffenden Partei angesehen werden. Denn auch die Strafverhängung ist vom Gesetz zweifellos zugleich als ein Zwangsmittel gedacht [10]).

---

[7]) Das Reichsgericht verweist — siehe Urteil des IV. Senats vom 28. Oktober 1896, Entsch. Bd. 29 S. 147 auf S. 149, V. Senat vom 29. Oktober 1909, Jur. Wochenschr. 1910 S. 202 sub 13 —, was nach dem oben Gesagten nicht zu billigen ist, die Partei ganz allgemein auf ihr Recht, unmittelbar Fragen zu stellen. Es prüft nicht nach, ob der Angeklagte, der eine Frage an den Zeugen zu stellen beantragt hat, auf sein direktes Fragerecht hingewiesen ist. Den Irrtum über seine prozessualen Rechte läßt es ihm so zum Nachteil gereichen. Ebenso Löwe-Rosenberg, 14. Aufl., zu § 239 sub 3 (im Gegensatz zu älteren Auflagen des Kommentars) und Glaser, Handbuch I, S. 442.

[8]) Darüber, daß die Beantwortung einzelner Fragen als eine Zeugnisverweigerung im Sinne des § 69 Abs. 1 StPO. anzusehen ist, siehe Löwe-Rosenberg zu § 69 sub 3c. Darüber, daß, wenn die Voraussetzungen der Strafverhängung vorliegen, diese erfolgen muß, siehe ebenda sub 5b.

[9]) Eine solche Äußerung findet sich in einem Urteil des V. Senats vom 29. Oktober 1909, Jur. Wochenschr. 1910 S. 202 sub 13.

[10]) Das übersieht ebenso wie das in der vorigen Anmerkung zitierte Urteil ein Urteil des II. Senats vom 13. Februar 1903, Entsch. Bd. 36, S. 92. Beide Urteile ziehen nur die Anwendung des § 69 Abs. 2 in Erwägung, obwohl ersichtlich in

VIII. Das Recht zur Vernehmung (§ 238 Abs. 1 StPO.) kann demjenigen, der dieses Recht mißbraucht, entzogen werden. Wann dieser Fall vorliegt, kann nur aus Zweck und Wesen der Vernehmung entnommen werden. Danach ist ein Mißbrauch anzunehmen, wenn der Vernehmende das Kreuzverhör nicht benutzt, um das Wissen der Auskunftsperson zur Sache zu erkunden, wenn er vielmehr mit der Vernehmung offensichtiich sachlich nicht gerechtfertigte Nebenzwecke verfolgt. Eine ungebührliche Ausdehnung der Vernehmung, die Löwe[11]) als Beispiel eines Mißbrauchs anführt, wird nur ausnahmsweise einen Grund für die Entziehung der Vernehmung abgeben können, zumal der Begriff der ungebührlichen Ausdehnung ein völlig subjektiver ist. Ebenso wird in der Wiederholung bereits beantworteter Fragen nur ausnahmsweise ein Mißbrauch gefunden werden[12]). Um darin einen Mißbrauch zu erblicken, wird immerhin eine besondere Absicht erfordert werden müssen. Daß nicht schon die Stellung einzelner ungeeigneter oder nicht zur Sache gehörigen Fragen zur Entziehung der Vernehmung berechtigt, ist daraus zu entnehmen, daß § 240 Abs. 2 gerade für solche Fälle die Zurückweisung der betreffenden Fragen, was sich als eine minder eingreifende Maßnahme darstellt, vorsieht.

Die Entziehung der Befugnis zum Kreuzverhör beschränkt sich auf denjenigen, der diese Befugnis mißbraucht hat. Der von der Maßregel Betroffene braucht erst, nachdem der Vorsitzende seinerseits sein Vernehmungsrecht ausgeübt hat, zu weiterer Befragung zugelassen zu werden. Das Recht hierzu hat er mit der Entziehung des Kreuzverhörs nicht verwirkt.

IX. Eine Entziehung des Fragerechts kennt die Strafprozeßordnung nicht. Der Vorsitzende ist lediglich zur Zurückweisung ungeeigneter oder nicht zur Sache gehöriger Fragen berechtigt[13]).

1. Ungeeignet sind Fragen, die den Zweck der Befragung, die Beibringung von Beweismaterial nicht erfüllen, und zwar entweder, weil sie

a) nach Dingen fragen, die bereits beantwortet sind. Eine Frage kann infolgedessen im allgemeinen nicht wiederholt werden[14]).

---

den betreffenden Fällen sogar eine Bestrafung des Zeugen gemäß § 69 Abs. 1 StPO. unterblieben ist.

[11]) Zu § 240 sub 1.

[12]) Ein Urteil des II. Senats vom 4. Januar 1889, Entsch. Bd. 18, S. 365, hielt einen Mißbrauch des Fragerechts oder der Vernehmung (das Urteil behandelt beides zu Unrecht als gleich) für vorliegend mit Rücksicht darauf, daß der Verteidiger »vielfach« bereits beantwortete Fragen erneut gestellt hatte.

[13]) Das erkennt das Urteil des II. Senats vom 16. Mai 1905, Entsch. Bd. 38, S. 57, an, indem es seinen in dem Urteil vom 4. Januar 1889 vertretenen abweichenden Standpunkt aufgibt. In der Tat kann mit Rücksicht auf die klare Unterscheidung des § 240 StPO. zwischen Entziehung der Vernehmung — die nur für den Fall des § 238 Abs. 1 (Kreuzverhör) vorgesehen ist — und Zurückweisung einzelner Fragen die Entscheidung nicht zweifelhaft sein.

[14]) Vgl. II. Senat vom 1. Juli, Entsch. Bd. 44, S. 38 auf S. 41; II. Senat vom 19. September 1913, Entsch. Bd. 47, S. 321.

Immerhin kann sich ihre erneute Vorlegung dadurch rechtfertigen, daß sie mit entsprechenden Vorhaltungen verbunden ist. Auch darf die große Variationsmöglichkeit eines jeden Themas und die ihr entsprechende Variationsmöglichkeit der Frage nicht übersehen werden. Auch im Hinblick auf die Angaben inzwischen vernommener anderer Zeugen oder mit Rücksicht auf einen in der Aussage gelegenen inneren Widerspruch kann die erneute Vorlegung einer Frage an einen Zeugen in Betracht kommen [15]).

b) die Natur des Beweises, innerhalb dessen die Befragung stattfindet, verkennen, zum Beispiel von einem Zeugen ein Urteil statt der Bekundung in der Vergangenheit liegenden Tatsachen verlangen [16]). Allerdings darf nicht übersehen werden, daß es auch innere Tatsachen gibt, zu denen insbesondere auch Vorstellungen gehören. Und zwar sowohl Vorstellungen, die an ein einzelnes tatsächliches Erlebnis anknüpfen, wie solche, die sich aus Einzelerfahrungen unter Zuhilfenahme einer Urteilstätigkeit gebildet haben [17]). Nur wird im allgemeinen verlangt werden müssen, daß die Vorstellung auf Grund eines leicht übersehbaren tatsächlichen Materials gewonnen ist [18]). Aus diesem Grunde hat das Reichsgericht die Frage über die Glaubwürdigkeit eines Dritten für zulässig erklärt. Immer ist aber erforderlich, daß der Bekundung des Zeugen Wahrnehmungen tatsächlichen Inhalts zugrunde liegen [19]).

c) das Ziel des Beweises, die Wahrheitsermittlung verkennen, sei es

α) weil sie ein anderes Ziel im Auge haben wie die unnötige Herabsetzung eines Zeugen [20]). Dagegen ist eine Frage nicht schon deshalb ungeeignet, weil sich der Zeuge mit ihrer Beantwortung möglicherweise schädigt, indem er sich zum Beispiel einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzt [21]) oder ein Geschäftsgeheimnis preisgibt [22]). Um sie ungeeignet erscheinen zu lassen, muß hinzukommen, daß die Frage sich unnötigerweise, das heißt ohne einen in der Sache liegenden Grund mit den persönlichen oder geschäftlichen Beziehungen des Zeugen befaßt [23]). Dieser Fall ist allerdings unter Umständen anzunehmen, wenn ersichtlich völlig willkürlich nach Vorstrafen des Zeugen gefragt wird. Unbedingt abzulehnen ist freilich die von Glaser [24]) sowie vereinzelt auch vom Reichsgericht, so in der Entscheidung des III. Senats vom 5. Februar

---

[15]) Mit Rücksicht auf eine derartige mögliche Konstellation hat ein Urteil des I. Senats vom 18. September 1902, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 (1903), S. 58, die Ablehnung eines Antrags auf nochmalige Vernehmung eines bereits abgehörten Zeugen mißbilligt.

[16]) Vgl. V. Senat vom 19. Dezember 1913 in DJZ. 1914, S. 827.

[17]) Vgl. III. Senat vom 14. Juni 1909, Goltd. Arch. Bd. 56, S. 324.

[18]) Vgl. I. Senat vom 14. April 1898, Goltd. Arch. Bd. 46 S. 213; IV. Senat vom 28. Januar 1905, Entsch. Bd. 37, S. 371.

[19]) Vgl. III. Senat vom 20. Juni 1902, Goltd. Arch. Bd. 40. S. 169.

[20]) Siehe dazu III. Senat vom 14. Juni 1909 in Goltd. Arch. Bd. 56, S. 324.

[21]) Vgl. I. Senat vom 17. Juni 1884, Entsch. Bd. 9, S. 426 auf S. 429.

[22]) Vgl. IV. Senat vom 11. April 1011 in DJZ. 1911, S. 1093.

[23]) Siehe das in der vorigen Anmerkung zitierte Urteil.

[24]) Beweis S. 2.

1906 in Goltd. Arch. Bd. 53, S. 171[25]) vertretene Auffassung, daß die Vorlegung von Fragen, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, insbesondere seine Vorstrafen betreffen, durchaus in das Ermessen des Gerichts gestellt sei. Die Berufung auf den Wortlaut des § 67 StPO., die sich in der zitierten Entscheidung des III. Senats findet, geht fehl. Die dort angezogene Entscheidung[26]) ist mißverstanden. Sie hat zwar keinen Revisionsgrund darin gefunden, daß nicht, ohne daß dies von einem der Prozeßbeteiligen angeregt war, Fragen bezüglich der Glaubwürdigkeit gestellt waren, hat aber nicht die Vorlegung solcher Fragen, falls sie von irgendeiner Seite ausdrücklich gewünscht waren, in das Belieben des Gerichts gestellt.

Die Glaubwürdigkeit eines Zeugen kann auch durch Befragung Dritter ermittelt werden. Ob derartige Fragen geeignet sind, wird insbesondere danach zu bestimmen sein, ob nach Lage des Falles angenommen werden kann, daß sich der Befragte ein selbständiges — also nichts nur auf Hörensagen beruhendes[27]) — Urteil hat bilden können. Die allgemein gehaltene Frage, ob der angegriffene Zeuge unglaubwürdig sei, wird — nötigenfalls mit Hilfe des Richters — nach der Richtung zu substantiieren sein, welche Erfahrungen der Befragte gemacht hat. Ohne weiteres sie als ungeeignet zurückzuweisen, geht zu weit und sollte auch nicht von einem bei Warneyer referierten Urteil des Reichsgerichts[28]), wie aus dem Ganzen der Entscheidung hervorgeht, — trotz eines dahin deutbaren Einzelsatzes — gebilligt werden. Oder

β) weil sie nicht wahrheitermittelnd wirken können. Dies wird in der Regel von Suggestivfragen zu gelten haben, das heißt von Fragen, die so — meist exspektativ — formuliert sind, daß der Befragte, wenn er geneigt ist, ohne gründliches Nachdenken zu antworten, geradezu zu einer bestimmten, vom Fragenden gewünschten Antwort hingelenkt wird.

Den Suggestivfragen sind verwandt die sogenannten unvollständigen Disjunktionsfragen und die falschen Voraussetzungsfragen. Erstere, die in die Form des aut-aut gekleidet sind, verlangen von dem Befragten, zu entscheiden, welche der ihm vorgelegten Alternativen zutrifft, legen ihm aber nicht alle in Betracht kommenden Alternativen vor, so daß er leicht irregeführt werden kann; zum Beispiel wird nach blau oder rot gefragt, obwohl auch grün in Frage kommen kann. Die falschen Voraussetzungsfragen setzen einen Tatbestand voraus, der nicht vorzuliegen braucht. Sie gehen also von einer ungerechtfertigten Unterstellung aus, indem sie zum Beispiel nach der Beschaffenheit eines Gegenstandes fragen, obwohl nicht feststeht, daß er überhaupt vorhanden war.

Wenn nun auch gewiß die letzterwähnten Frageformen ebenso oder

---

25) Vgl. I. Senat vom 14. April 1898, Goltd. Arch. Bd. 46, S. 213.
26) Des II. Senats vom 10. Dezember 1880, Entsch. Bd. 3, S. 101.
27) Vgl. V. Senat vom 2. Mai 1913, Goltd. Arch. Bd. 61 S. 121.
29) Warneyer (Strafrechtlicher Teil) 1913, S. 181.

vielleicht noch mehr als die Suggestivfragen eine objektiv unrichtige Antwort hervorzurufen geeignet sind, so können sie doch nicht schlechterdings als ungeeignet bezeichnet werden[29]). Sie sind unter Umständen das einzige Mittel, um die Zuverlässigkeit eines Zeugen zu erproben. Da das Reichsgericht[30]) sogar die experimentelle Zeugenprüfung nicht für prinzipiell unzulässig hält, wird der Wahrheitsermittlung durch Vorlegung zwar verfänglicher aber auf psychologischer Grundlage beruhender Fragen unter besonderen Umständen nicht notwendig ein Hindernis entgegengesetzt werden dürfen[31]).

2. Nicht zur Sache gehörig sind Fragen, die mit dem Gegenstand des Prozesses weder direkt noch indirekt etwas zu tun haben, mit anderen Worten Fragen, die zu keinem denkbaren Beweissatz des Prozesses in Beziehung zu bringen sind. Daß der Beweissatz dem Richter erheblich erscheint, darf ebensowenig verlangt werden, wie daß eine bestimmte Antwort seine Auffassung über das Ergebnis der Beweisaufnahme beeinflussen könne. Deshalb kann lediglich aus dem Gesichtspunkt der Unerheblichkeit eine Frage nicht zurückgewiesen werden[32]). Nach dem Entwickelten wird die nicht immer leicht erkennbare Grenzlinie zwischen einer nicht zur Sache gehörigen und einer zur Sache gehörigen, aber unerheblichen Frage in der Weise zu ziehen sein, daß geprüft wird, ob ein Beweissatz ersichtlich ist, auf den sie Bezug hat. In diesem Falle darf die Frage nicht zurückgewiesen werden.

X. Die Grenze zwischen Ausübung des Fragerechts und Stellung eines Beweisantrags ist nicht immer leicht zu ziehen. Sie ist aber schon deshalb bedeutungsvoll, weil einem Beweisantrag nur entsprochen zu werden braucht, wenn der Antragsteller die Erheblichkeit der Beweiserhebung nachzuweisen vermag. Für die Ausübung des Fragerechts bedarf es, wie die Ausführungen unter IX. zeigen, dieses Nachweises nicht.

Die Schwierigkeit der Grenzziehung liegt da vor, wo die weitere Abhörung eines bereits vernommenen Zeugen in Frage steht, oder wo bestimmte Beweishandlungen gefordert werden, die dem Zeugen als Anhaltspunkte dienen sollen (Einsicht des Zeugen in seine Bücher, Gegenüberstellung mit anderen Zeugen).

Was die letztere Konstellation angeht, so wird es von der Lage des Einzelfalles abhängen, ob die Beweishandlung im Rahmen der Befragung liegt. Ist ein Zeuge vom Gericht bereits einem andern gegenübergestellt worden, so wird es als im Rahmen der gleichen Befragung

---

[29]) And. Mein. M. Levin, Richterliche Prozeßleitung, S. 190ff.

[30]) II. Senat vom 26. Februar 1907, Entsch. Bd. 40, S. 48ff.

[31]) Zur Frage der experimentellen Zeugenprüfung vgl. Marbe, Forensische Psychologie, S. 41f., 62f.; Groß, Monatsschrift f. Kriminalpsychologie, 3. Jahrgang S. 577 und speziell bei Kinderaussagen Stern, DJZ. 1908, S. 51f.

[32]) Vgl. III. Senat vom 26. Juni 1880, Rechtspr. Bd. 2, S. 122; I. Senat vom 26. Februar 1883, Rechtspr. Bd. 5, S. 143; III. Senat vom 29. April 1886, Rechtspr. Bd. 8, S. 323; I. Senat vom 8. März 1883, Entsch. Bd. 8, S. 161; IV. Senat vom 25. November bis 5. Dezember 1890, Entsch. Bd. 21, S. 237; II. Senat vom 19. Mai 1908, DJZ. 1908 S. 1107; V. Senat vom 19. April 1895, Goltd. Arch. Bd. 43, S. 112.

liegend angesehen werden müssen, wenn die Partei an einen andern anwesenden Zeugen ebenfalls unter Gegenüberstellung eine Frage zu richten wünscht. Liegen die Bücher vor, auf die sich der Zeuge oder Sachverständige stützt, so wird auch die Partei auf Grund ihres Fragerechts verlangen können, daß auch ihr der Zeuge erst nach Einsicht in die Bücher antwortet.

Die weitere Abhörung eines bereits vernommenen Zeugen stellt sich überall als weitere Befragung dar, soweit der Zeuge nicht definitiv entlassen ist[83]), oder die Beweisaufnahme in Übereinstimmung mit den Parteien abgeschlossen ist[84]). Andernfalls ist der Antrag auf weitere Befragung als Beweisantrag anzusehen. Will die Partei an einen bereits vernommenen, nicht definitiv entlassenen Zeugen eine weitere Frage stellen, so braucht sie das Beweisthema nicht vorher anzugeben.

XI. Wann die Revision wegen Verletzung des Fragerechts begründet ist, ergibt sich aus vorstehenden Ausführungen. Die Rüge ist nicht davon abhängig, daß gegenüber der Beschränkung des Fragerechts durch eine Maßnahme des Vorsitzenden das Gericht angerufen ist. Allerdings wird sich die Revision in der Regel praktisch ohne Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses schon deshalb nicht durchführen lassen, weil andernfalls eine hinreichend genaue und klare Protokollierung des Vorgangs fehlen wird[85]).

Nachzuprüfen ist von der Revisionsinstanz nicht nur, ob bei der Ablehnung der Fragen einer der gesetzlichen Fälle angeführt ist, in denen eine Frage zurückgewiesen werden kann, sondern auch, ob die Subsumtion unter den angezogenen Gesetzestatbestand richtig vorgenommen ist. Insbesondere ist hierbei zu prüfen, ob die Frage nicht offenbar nur — was nach den Ausführungen unter IX nicht genügt — wegen angenommener Einflußlosigkeit auf die Schuldfrage zurückgewiesen ist. Ein eventueller Gerichtsbeschluß wird deshalb in der Regel eine nähere Begründung nicht entbehren können[86]).

Zur Geschichte des Asyl- und Begnadigungsrechts.

Von Karl Hellinger.

Das Asylrecht war bis tief ins 18. Jahrhundert von einschneidender Bedeutung für die öffentliche Strafrechtspflege. In einer Zeit, wo die Strafgesetzgebung noch viele Mängel aufwies, konnten die Freistätten, wie die mit dem Asylrecht begabten Orte auch genannt wurden, sogar

[83]) Wegen »nochmaliger Vernehmung« in derselben Hauptverhandlung vgl. meine Ausführungen in Goltd. Arch. Bd. 61, S. 488ff.

[84]) Vgl. I. Senat vom 18. September 1902, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 68 (1903), S. 58.

[85]) Daß nur nach Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses der § 377 Nr. 8 StPO. als verletzt bezeichnet werden kann, ist praktisch bedeutungslos, weil auch bei der Rüge der Verletzung dieser Bestimmung das »Beruhen« des Urteils auf den Gerichtsbeschluß nachgeprüft wird.

[86]) Vgl. I. Senat vom 14. Januar 1886, Rechtspr. Bd. 8, S. 45 auf S. 46; I. Senat vom 4. Januar 1897, Goltd. Arch. Bd. 45, S. 27.

manches zur Förderung eines geordneten Rechtslebens beitragen[1]). Dieses Recht, flüchtige Verbrecher gegen die Verfolger in Schutz zu nehmen, gehört jetzt der Vergangenheit an, wenn auch die Kirche noch heute prinzipiell an demselben festhält[2]). Kirchen und Klöster haben von dem Asylprivileg oft Gebrauch gemacht. Das vierte Bad. Org.-Edikt »wegen der Stifter und Klöster«[3]) sagt kurzerhand: »Keinerley Recht der Freistätte kann von ihnen ausgeübt werden, so wie es überhaupt in Unsern Landen nirgends stattfinden mag, da Verurtheilungen ohne Recht, und verstümmelnde Strafen gar nicht, und Todesstrafen nur bei Verbrechen, wodurch Menschenblut vorsezlich vergossen wird, und welche daher keiner Schonung empfänglich sind, vorkommen, mithin aller rechtmäßige Anlas wegfällt.«

Rechtshistorisch interessant sind solche Asylrechtsfälle aus den Orten, wo weltliche und geistliche Gewalt sich in einer Person vereinigten. Wir haben da besonders einige Fälle im Auge, die sich im Fürstbistum Konstanz, und zwar in Meersburg, der Residenz der Fürstbischöfe, im 18. Jahrhundert zutrugen. Ein »Extractus« eines Schreibens aus der »Cancellaria Ep~alis Vicariatus Eccls~tica Constant. actum in vicariatus Constanz den 17. aprilis 1737« lautet[4]): »Werden von denen zur weltl. Regierung heimgelassenen Hochfürstl. HH. Canzler und Räthen reversales eingeschickt, daß, wenn sich auch bey dem in die Pfarrkirch zu Mörspurg entflohenen delinquenten schwerer Verbrechen per inquisitionem äußern solten, sie denselben iedannoch weder mit der Lebens-straf, noch mit der mutilation ansehen wolten. Conclus. communicato consilio mit deß H. Domb-Decans und Statthalters Hochwürden und gnaden hätte man kein Bedenkhen den Asylanten gegen denen obbemelten reversalien ad manus Iudicis würcklich auszuliffern, worüber dann der H. Pfarrer zu Mörspurg per Extractum Protocolli mit deme zuverbeschreiben wäre, daß selbiger die reversales anhero ad acta remittieren solle.«

Unterm 19. April läuft ein von Hofrat Mezger verfaßtes Schreiben an den Fürstbischof ein, worin sich die weltliche Regierung darüber beschwert, daß der Meersburger Pfarrer mit allen möglichen Ausreden die Auslieferung zu hintertreiben suche. Dieses Schriftstück ist schon deshalb rechtsgeschichtlich wichtig, weil daraus hervorgeht, wie streng man sich an den althergebrachten Asylrechtsgebrauch hielt, damit ja kein Präjudiz von anderen weltlichen Gerichten aus einer Nichtbeachtung hergeleitet werden könne. Unter anderem heißt es in dem Bericht: »Auch müssen wir von des bisherigen Asylanten wegen die weitere gehorsambste anzeig thun, daß obschon die von Euer Hfrstl. Gnaden: Hwd. General Vicariat anverlangte reversales de non occidendo neque mutilando von uns nach der Form deren v. Sigmaringen schon vor einigen Tägen ausgestellet und acceptiret worden, dannoch der Seminarii

[1]) Vgl. Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, S. 118. Schaffhausen 1860.

[2]) Vgl. Wetzer und Welte's Kirchenlexikon, X, 444f.; Heiner, Kath. Kirchenrecht, II, S. 412. Paderborn 1897.

[3]) 14. Februar 1803, S. 10.

[4]) Dieses und alle folgenden angeführten Schriftstücke finden sich in einem Faszikel »Memoranda« im Pfarrarchiv zu Meersburg.

regent[5]) als hiesiger Pfarrer die extradition desselben auf widerholtes abfordern mit allerhand ausflüchten geweigeret, andurch aber unter dem glaubl. Vorhaben, heut oder morgen nachts, wo das heyl. grab besucht und die auferstehung gehalten wirdt, diesem Bösewicht durch zu helffen gesucht, folglich uns weit deterioris conditionis als frembde Obrigkeit gehalten habe, also daß wir ohne an ihme eine weitere requisition zu stellen, sondern uns ledigl. an den geistl. Raths ausspruch haltende allerdings mit der selbstigen Herausnehmung vorgeschritten wären, wann wir nicht besorgt hätten, andere weltl. Obrigkeiten, als denen diese umbstände eben nicht bekannt seind, sich darnach in Zukunfft bey all-dergleichen Zufällen ohne unterscheid richten dörften; wir haben aber umb diesen auszuweichen den anlaß als anheut verlaut wollen, ob sich dieser in Immunitate selbsten vergangene, folglich sich ob violationem derselben unwürdig gemachte bösewicht durch ein Glocken seyl ab dem Thurn gestern unter der Metten[6]) heruntergelassene und deren in denen Reeben gehaltenen Wachten ungeacht, flüchtig darvon gemacht hätte, von ermeltem Regent und Pfarrer auf das darauf zum letztenmal gemachte ansuchen, selben zu extradiren, keine andere als diese zwahr zweydeutige gegeben, quod non entis nullae sint qualitates, dahin genomen, in betracht des heyl. Charfreytags, dann zu Verhütung mehrer Cösten, die wachten vor der Kirch aufzuheben, darbey aber gleichwohlen andere anstalten vorgekehret, wie durch Streiff, Steck Brief und andere obsicht die Justitz wieder die ab aliquo inferiore contra Superiorem allzuweit extendirt werdende lenitatem saltem indirecte möge befördert werden . . .«

Der in diesem Schreiben angegriffene Pfarrherr konnte die Vorwürfe nicht auf sich sitzen lassen. In einem größeren Bericht »an Seine Hochfstl. Gnaden« verteidigt er sein bisheriges Verhalten »pto des in allhiesige Pfarrkirch d. 14ten Aprilis 1737 geflüchten asylanten«[7]). Zu seiner »größten Befrembdung« habe er den »bissigen Bericht unterm 19ten paßati vernehmen müssen«. Der ganze Sachverhalt wird dann auseinandergesetzt: ». . . Es war der ohnlengst an verwichenem Palm-Sonntag gehaltene Gottesdienst kaumb geendiget, kame H. Hoffrath und dahiesiger Obervogtey Verweser Mezger aus der so gleich nach solcher gehaltenen conferentz in das Seminar mit dem ansinnen, daß wider sich der asylant in loco immuni vergangen, mithin die immunitatem selbst durch sein Frevelthat verwircket hätte, ich keinen anstand nehmen würdte, solchen ausfolgen zu lassen; dieweilen mir aber wohl bekant, daß ein weltl. Richter über ein solche causam als privative ad fontem ecclesiasiticum pertinentem keinesweegs zu cognosciren hätte, habe ihme nur so viel in antwort gedienet, daß es ehevor ad officium Constant. einbericht und diesem nach das weitere zu wirken (?) ohnermangeln würdte. Nun kann zwahr nit in abredt seyn, ist auch solches us dem von dem Rv.

---

[5]) In Meersburg befand sich damals das Priesterseminar des Bistums Konstanz.

[6]) Gemeint ist die Abendandacht, die jeweils am Mittwoch, Donnerstag und Freitag der Karwoche abgehalten wird (sog. Trauermetten).

[7]) Es liegt auch hier nur das Konzept vor; das Datum fehlt.

Vicariatu generali mir zurückgestelte resultato[8]) ersichtlich, daß ... die Meinung dahin ausgefallen, als hätte sich mehr gedachter asylant der immunität in Betracht er sich in loco immuni vergriffen, nit zu getrösten, dahero auf die reversales de non occidendo aut mutilando anzutragen und sofort auf erhaltung den zu extradiren seye. Inmassen aber aus eben ermelter resolution per verba: ‚quod si igitur dares locum furem mentionatum clanculo subducendi, tam nobis quam illo optime prospectum indicarem‘, wie nit weniger aus deme auf meine weiter gemachte instanß im Fall eine Hochfl. Regierung die declaration super quaestione praejudiciali negiren sollte, mit der resolution in so lang an sich zu halten, bis . . . gelegenheit gewinnete, den reum durchzuhelfen ... ja daß nach eigener gestendniß deren HH Räthen der referent in ablesung des über diesen facti speciem abgefaßt conclusi einige und wie mit grundt zu muthmassen eben ob angeführte wort übergangen habe, sattsamb erhellet, daß ein Hochpreisl. officium am räthlichsten und zu Vorbeugung aller weitläufigkeiten dienlichst zu seyn erachtet, wenn solcher durch die Flucht in sicherheit könnte gebracht werden, und zu meinen hiezu schon ohnhin gemachten anschlägen nit nur den Fingerzeig gegeben, sondern mit Verzögerung der Resolution solche zu befördern sich anheischig gemacht habe; als werden Euer Hochfl. gdn von selbsten höchst erleuchtet ermessen, ob und wie weit jenes grundt habe, daß auf mehrmalige requisition der dahiesigen Regierung mit allerhandt ausflüchten die bereits genehmigte extradition geweigeret, dieselbe weit deterioris conditionis als andere frembde Obrigkeiten gehalten und die lenitatem als inferior contra superiorem allzuweit solle extendiret haben, da doch meine vorgeseßte geistl. Obrigkeit die hierunter ad fugam von mir vorgekehrte anstalten, in dem sie . . . ad intentionem auf glücklichen Angeschlag mit besonderem Vergnügen vernomen und gebilliget, im gegenteil aber keinesweegs approbiren können, daß man andererseits jedoch ohn wissen meiner und darauf erfolgte protestation contra attentata in violationem et irreverentiam loci sacri ac immunis den confugam erstlich in der Kirchen per Laicos aufsuchen zwey Täg nacheinander durch bestellte grennadiers frühe morgens, ob er sich noch in seinem asylo befinde, den Ort seines aufenthalts visitiren zu lassen, ja dem Mößner, wann sich dieser die schlüssel herzugeben weigern würdte, solche unter Bedrohung des Verlustes seines Diensts abzutreten befohlen habe, mithin auch sicher auf keine weis würdte zugelassen haben, daß man ohne fernere requisition oder anderweiten Bescheid und wann auch sonsten zum nachteil der immunität . . . zu besorgen gewesen wäre, zu selbstigen dessen Herausnehmung sine interventu personae ecclesiasticae für zu schreiten sich anmassen können. Ob aber sonsten mehr belobte allhiesige Regierung oder jemandt ander die Heyligkeit des Charfreytags und die Vermeydung fernern Cösten, die Wacht vor dem Kirchhof aufzuheben, bewogen, und was dieselbe oder ein ander weiters für kluge und diensame anstalten ad promovendam justitiam contra nimis extensam lenitatem vorkehren lassen, will dies-

[8]) Soll wohl wie unten ›resolution‹ heißen.

orts nit berühren, mich mit deme allein begnügende, wann Euer Hochfl. Gdn. die gdsten gedanken von mir zu hegen geruhen wollen, daß hierinfalls nichts ohne Vorwissen weniger contra mentem et inclinationem rev^{mi} Vicariatus gethan habe, mit der unterthänigsten Versicherung, daß in allweg dero gdgst. und dero nachgesetzte geistl. Obrigkeit mir zukommenden Befehl wie schuldigst also willigst und gehorsambst zu vollziehen mich jederzeit beeifern werdte . . .«

Über diesen Streitfall liegen in den betreffenden Akten sonst keine Aufzeichnungen vor. Dagegen ist dem gleichen Faszikel ein »Revers« beigeheftet, der 1740 wegen einer Asylantin zum Zwecke der Auslieferung von der Hofkanzlei zu Meersburg ausgestellt wurde. Da auch im ersten Falle mehrmals die »reversales« erwähnt werden, so dürfte der Abdruck dieses Originals schon wegen der Form nicht unangebracht sein.

»Wir zur Hochfürstl. Constanzer weltlichen Regierung verordnete Hoff- und Regierungs Räthe urkunden hiemit. Demnach das pcto furti dahier inhaftirt geweste Weibstück, ihres angeblichen Nahmens und Vatterstatt Catharina Fuchstein von Hirschlatt aus ihrer gefänglichen Hafft in der Nacht zwischen dem 11ten und 12ten curr. gewaltthätig ausgebrochen, und in hieselbstige Pfarrkirche ad asylum geflohen, daraus aber ad manus Judicis saecularis ehender nicht verabfolget werden wollen, als wann wir eingangs gedachte Hochfürstl. Constanzer weltliche Hoff- und Regierungs Räthe Uns reversieren werden, daß Sie die Persohn Nomine et ad requisitionem Judicis Ecclesiastici, folgl. ad carceres, die in hunc respectum carcer Ecclesiasticus werden nehmen, gegen sie weiter nicht gerichtlich procediren, und allenfahls ad locum unde, nehmlichen ad asylum auf des geistlichen Richters Erkanntnus wieder aushändigen, und, wo ein weiteres Examen ratione complicum erforderlich wäre, solches und zwar in Beyseyn des weltl. Commissarii durch einen Deputatem Ecclesiasticum verrichten lassen wollen. Daß solchemnach wir mehrgesagte Hochfürstl. Constanzer weltliche Räthe mit gegenwärtigen in beständigster Form Rechtens Uns reversiret und verbunden haben, reversiren und verbinden Uns dergestalten und also, daß Wir mit genannten in die Freyheit entronnenen Weibstuck keine weitere Inquisition vorzukehren, noch einige Leib- oder Lebensstraff zu erkennen hiermit versichern. Urkundl. hiefürgestellten Hochfürstl. Constanzer weltlichen Hoff Cantzley Innsiegels. So beschehen Mörspurg den 14ten Septembris 1740 (L. S.).«

Auch aus dem Jahre 1716 liegt ein hierher gehöriger in lateinischer Sprache abgefaßter Befehl[9]) vor, der von dem Konstanzer Generalvikar im Namen des Fürstbischofs Johannes Franziskus[10]) erlassen wurde. Diese Schrift beweist, daß auch der Meersburger Pfarrhof sich des Rechts einer Freistätte erfreute. Sie lautet in deutscher Übersetzung:

»In Christo, des erhabensten und Hochwürdigsten Vaters und Herrn,

---

[9]) »Copia Mandati Vicariatus Ecclici Constant. concernentis Jus Asylii in Aedibus Parochialibus Marisp. dd. Constantiae 3^{tia} Aug. 1716.«

[10]) J. F. Schenk, Freiherr von Stauffenberg, 1704—1740.

Herrn Johann Franz von Gottes und des apost. Stuhles Gnade Bischof von Konstanz, des H. R. R. Fürst und Herrn der Reichenau und Öhningen und Koadjutor der Diezöse Augsburg.

Der Generalvikar in geistlichen Angelegenheiten x. Gruß im Herrn den Leutpriestern der Pfarrkirchen, den übrigen Geistlichen und bestellten Klerikern und besonders unsern geschworenen Gerichtsboten, mit dem Befehl, das Gegenwärtige zum Vollzug zu bringen: Es ist nämlich von glaubenswürdiger Seite zu unsern Ohren gekommen, daß Anna Maria Haslerin, die in Meersburg wegen Kapitalverbrechen in Haft gesetzt war, in das Pfarrhaus daselbst ihre Zuflucht genommen hat, in demselben aber durch weltliche Richter oder deren Beauftragte aufgesucht, ja sogar ergriffen, mit Gewalt herausgezogen und wiederum in die weltliche Gewalt zurückgebracht wurde. Um daher die kirchliche Freiheit zu schützen, die geltend zu machen kraft unserer Synodalbeschlüsse das Pfarrhaus nicht weniger als die Kirchen selbst befugt sind, so befehlen wir euch, nachdem wir von seiten des bischöflichen Fiskus zu Konstanz demütig darum gebeten wurden, durch die mit Notwendigkeit zukommende strenge Vorschrift: Insoweit möget ihr dem Herrn Obervogt in Meersburg gleichwie dem Richter und den übrigen weltlichen Richtern, die alle ohne Unterschied dazu kompetent sind, in unserm Namen und Vollmacht vorstellen und befehlen, durch das auch wir vorstellen und befehlen, daß sie unter Strafe der Exkommunikation das Urteil gegen die genannte Anna Maria Haslerin, soweit es schon gefällt ist oder gefällt werden soll, mit der Vollziehung jenes solange einhalten und zuwarten, bis die Frage, ob sie sich des Asylrechts in dem genannten Pfarrhaus erfreut hat oder nicht, vor unserm kirchlichen Gerichtshof, wohin sich das Recht neigt, gesetzmäßig erörtert und entschieden sein wird. Derjenige oder diejenigen, die es dennoch tun, sollen wissen, daß sie der angedrohten Strafe der Exkommunikation verfallen sein werden: der Tag der Vollziehung ist Gegenwärtigem beizufügen. Gegeben und beschlossen zu Konstanz im Jahre des Herrn 1716, am 3. August. |gez.| Kanzlei des bischöfl. Vikariats Konstanz«.

Aus dem gleichen Jahrhundert stammte eine Begnadigungsschrift eines Konstanzer Fürstbischofs. Nur mit großer Vorsicht wird hier das Begnadigungsrecht, das ein Ausfluß des »merum imperium« war[11]), angewandt. Diese Urkunde ist auch schon deshalb beachtenswert, weil darin in kurzen, klaren Worten zum Ausdruck kommt, was man als Zweck der Strafe in jener Zeit ansah. Sie ist angefertigt von Fürstbischof Kardinal Damian Hugo[12]) zu »Mörspurg den 2ten Februarii 1741« und lautet:

»Eminentissimus Cardinalis. Die Gefangene, so letzthin wegen Diebssachen zur Schantzen condemnirt worden, wollen Wir aus gnaden mit folgenden Conditionen looslassen, und ihnen ihr Straff schenken.

---

[11]) Vgl. Pfeffingerus, J. Fr., Vitriarium institutionum iuris publici novis notis illustratarum, Tom. III, pag. 1212. Gothae 1725.

[12]) Graf von Schönborn (1740—43 Bischof von Konstanz, schon seit 1719 Bischof von Speier).

1 mo daß sie sich längstens in 3 tägen allhier bey Unserem Pfarr-vicario [13]) mit Gott wohl versöhnen, reumüthig beichten und communiciren, ihren Fehler erkennen, und sich hinfür vor allen solchen Sünden und Lasteren, besonders denen, worumb sie verurtheilet worden, auf das äußerste hüthen sollten; dan bey wieder Betrettungs-fall es viel schärffer hergehen würde. Damit aber solches mit guter Frucht geschehe, so ersuchen Wir Unsern Pfarr-vicarium allhier, daß er sich in diesen 3 tägen die Mühe gebe und Christliche Lieb bezeige, und den ersten tag sie wohl examiniren und instruiren im Christentumb und Glauben, den zweyten tag aber sie wohl zur beicht und communion instruiren, und also den dritten tag sie ihre Andacht verrichten lasse. Brauchet er mehrere täg darzu, so ist er nicht an diese 3 gebunden, dann Wir suchen in straffen nichts anderster, als was das Christenthumb erforderet, das ist die Beßerung des Verbrechers, wan die Sachen so beschaffen, daß man es darauf kann ankommen lassen, et ad satisfactionem Publici, ne credant, quod peccata maneant impunita, et ut detur Exemplum aliis, ne peccata incidant. Die beede letztere Sachen sind nun geschehen, es ist das erstere nur noch übrig, welches Wir dann gern auf vorgeschriebene Arth vollzogen hätten.

2 do sollen sie vor die weltliche Obrigkeit geführet werden, und auch von selber eine schärpfe Ermahnung und wahrnung mit betrohung im wieder-fall schärpfere Einsicht zu geschehen.

3 tio sollen sie ihren Kindern, die es begrieffen, ihr Verbrechen vorstellen, und sie vor dergleichen wahrnen, solche christlich und fromm auch sorgsam erziehen.

4 to sollen sie bessere Zucht und Ehrbarkeit unter schwehrer Straff unter ihren Domestiquen halten, keine Boßheit zulassen, auch keine liederliche Domestiquen auch sonstiges Volk nicht zu sich nehmen und bey sich dulden.

Wann alles dieses geschehen und sie es also ad Protocollum versprochen, in specie aber vom Pfarr-vicario werden ein attestatum, daß sie was Nro 1 mo befohlen, alles vollzogen haben, werden gebracht werden, so seynd sie zu entlassen. Seynd Euch übrigens mit Hulden und Gnaden wohl beygethan . . .«

Das bayrische Plätzl bei Salzburg.

Von **Schiedermair**, München.

Über ein merkwürdiges Rechtsgebilde aus dem Gebiete der Rechtshilfe in Strafsachen berichten die Anmerkungen (Motive) zu Teil II, Kapitel VI, § 7, des Codex juris Bavarici criminalis aus dem Jahre 1751. Es heißt dort: Vermöge Reichs-Abschieds von An. 1559 § 22 et seq. mag man Mörder, Rauber, Vaganten und dergleichen liederliche Leut auch wohl in ein fremdes Territorium auf der Nacheile verfolgen, all-

[13]) In Meersburg war damals, weil »locus Residentiae Episcopalis«, kein investierter Pfarrer.

dort niederwerffen und Handfest machen, doch dergestalten, daß sie der Obrigkeit selbigen Orts ad Processeum formandum ausgeliefert werden, und derselben solches in anderweg unpräjudicierlich seyn solle. Zuweilen gehen die Pacta oder Jura specialia unter Benachbarten noch weiter, wie zur Prob aus einem alten Ehehaft-Buch zu Braunau erhellet, welches also lautet: »Es ligt ein unangebauter Grund im Ertz-Stift Salzburg, der Ratenbach genannt, der soll also seyn und bleiben ungebauet, daß in Mittel desselben Grund ein eingegrabene Säulen mit einer umgehenden Heft[1]) soll stehen; daran soll ein schlagender Gaul geheftet werden, und daß demnach ohne Schaden des Gauls zwei und sibenzig gerüste Pferd auf dem Grund mögen halten. Und da es sich begab, daß ein Malefiz-Person im Herzogthum Bayrn oder Pfleg Braunau aus der Fengnuß käme, und in das Ertz-Stift entwiche, und darin erfragt wurde, so ist ein jeder Regierender Lands-Fürst in Bayrn befreyet, einen Gesandten mit zwei und sibenzig gerüsten Pferden abzufertigen. Der mag mit angedeuten Pferden bis gen Saltzburg an die Ringmaur reisen, daselbst die Schürmer anlehnen, und hineinschicken und fragen, ob nicht eine solche Person, so in Bayrn aus der Fängnuß kommen, und daselbst in der Fängnuß verhaft seye. Wann dem also, soll und mag der Fürstlich-Bayrische Gesandte dieselbe Person auf dem gemeldten Grund zu Rattenbach zu antworten, daß man schuldig ist, begehren. Wo aber dieselbe Person zu Saltzburg nicht einkommen ist, so hat der Gesandte Recht, Macht und Fug, von seinem Grund, auch rechten und lincken Achsel, und dann von seinem Rucken an auf eine gantze Meil lang, wo er die malefizische Person im Ertz-Stift erforschen mag, mit den zwey und sibenzig Pferden nachreisen, und die auf den Flecken und Grund im Rattenbach zu antworten begehren. Es ist auch der Fürstliche Gesandte befreyt, mit den zwey und sibenzig Pferden in das Closter gen Bayrn (Raitenhaßlach) zu reisen, daselbst hat der Gesandte samt Mann und den zwey und sibenzig Pferden drey Tag Futter, Mall[2]), Nagel und Eisen einzufordern, und mag gedeute drey Tag alle Tag mit den Pferden auf den Grund im Rattenbach reisen, und zu sehen, ob man die auskommene Malefiz-Person daselbst hin antworte oder geantwortet habe. Diese rechtliche Freyheit hat ein jeder Regierender Fürst zu Bayern im Ertz-Stift Salzburg. Des zu wahren Gezeugnuß ist man vom Closter Mattsee, sobald das Ehehaft zu Recht erkannt, und ausgesprochen wird, zwey Viertel-Wein, auch etlich Brod in die Ehehaft-Schrannen[3]) aufzusetzen schuldig.« Ita sonant formalia des alten Braunauischen Ehehafts-Buch. Heut zu Tag wird gedachter Grund nicht mehr der Rattenbach, sondern wie es jedermann in ganz Saltzburg bekannt ist, das Bayrische Plätzl genannt, und ligt gleich außer der Stadt hart am Gangsteig nach Plain. Dergleichen besondere Rechte in alieno Territorio pflegt man Servitutes juris publici zu nennen, wovon Engelbrecht einen feinen Traktat geschrieben hat.

[1]) Heft = das, woran etwas befestigt wird.
[2]) Mall = Mahlzeit. [3]) Ehehaftschranne = Gerichtssitzung.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Oberreichsanwalt Wirkl. Geh. Rat Exzellenz Dr. Zweigert, Leipzig.

StGB. §§ 61, 196. Preuß. Einkommensteuergesetz v. 19. Juni 1906 §§ 48, 56. a) Die Einkommensteuerberufungskommission ist eine Behörde, die nach § 196 StGB. Gegenstand einer Beleidigung sein und auch deren strafrechtliche Verfolgung beantragen kann. b) Der Vorsitzende dieser Kommission vertritt sie nach außen und ist diejenige Person, die für sie einen Strafantrag zu stellen hat.

V. StS. U. v. 28. März 1916. g. W. 5 D 58/16.

Aus den Gründen: Der Strafantrag ist seitens des Vorsitzenden der Einkommensteuer-Veranlagungskommission zu J. auf Grund eines telegraphisch erteilten Auftrages des stellvertretenden Vorsitzenden der Einkommensteuer-Berufungskommission zu A. am 23. September 1915 rechtzeitig bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts zu H. telegraphisch gestellt, und zwar, wie beide Telegramme ergeben, ausdrücklich »namens der Berufungskommission«. In letzteren Worten ist ausgesprochen, daß den Strafantrag die Einkommensteuer-Berufungskommission als Behörde stellt. Nach § 196 StGB. können Gegenstand einer Beleidigung Behörden sein und können diese auch deren strafrechtliche Verfolgung beantragen, wenn der ehrverletzende Angriff sich gegen die amtliche Tätigkeit der Behörde richtet, mit Rücksicht auf welche ihr die rechtliche Persönlichkeit beigelegt wird. Eine Behörde, ein zur Herbeiführung staatlicher Zwecke berufenes Organ, ist die Einkommensteuer-Berufungskommission; ihre amtliche Tätigkeit besteht nach § 48 des Einkommensteuerges. darin, daß sie über alle gegen das Verfahren und die Entscheidungen der Veranlagungskommission angebrachten Beschwerden und Berufungen zu entscheiden hat. Gerade in bezug auf diese Tätigkeit, die sie auf eine frühere Beschwerde und Berufung des Angeklagten gegen Entscheidungen der Veranlagungskommission hin ausgeübt hat, ist ihr nach den Feststellungen der Strafkammer vom Angeklagten der Vorwurf der Rechtsbeugung gemacht worden. Sie war hiernach zur Stellung des Strafantrages nach § 196 StGB. als unmittelbar beteiligte Behörde berufen. Nach § 56 des Einkommensteuerges. hat der Vorsitzende der Kommission deren Geschäfte zu leiten; er vertritt diese Behörde nach außen hin, ist also auch diejenige Person, die für die Behörde einen Strafantrag zu stellen hat. In der Eigenschaft als Stellvertreter des Vorsitzenden (§ 55 Einkommensteuerges.) hat der Regierungsassessor v. St. den Strafantrag für die Behörde gestellt, und nicht etwa, wie die Revision meint, in seiner Eigenschaft als Vorgesetzter der einzelnen Kommissionsmitglieder. Als solcher könnte allerdings nur der Regierungspräsident und der Finanzminister in Betracht kommen (Entsch. **30** 171). Ein ordnungsmäßiger Strafantrag liegt hiernach vor.

KO. § 241. StGB. § 48. Auch der begünstigte Gläubiger kann als Anstifter zu dem Vergehen gegen § 241 KO. bestraft werden. An der bisherigen Rechtsprechung wird festgehalten.

V. StS. U. v. 28. März 1916. g. R. 5 D 73/16.

Aus den Gründen: Bei der Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat sich kein Anhalt dafür gefunden, daß das Landgericht, indem es den Angeklagten der Anstiftung zur Gläubigerbegünstigung für schuldig erklärte, gegen die §§ 48, 74 StGB. oder gegen § 241 KO. oder sonst gegen das Strafrecht verstoßen hätte. Die Verurteilung des Angeklagten war vielmehr nach der tatsächlichen Feststellung des Landgerichts gerechtfertigt. Nach dieser hat der Angeklagte R., der gegen den Händler O. eine Geldforderung, aber nicht einen Anspruch auf Waren hatte und wußte, daß O. zahlungsunfähig war und seine Zahlungen eingestellt hatte, den O. überredet, ihm zur Deckung seiner Forderung Waren zu geben. Mit Unrecht wendet der Beschwerdeführer gegen die Verurteilung ein, nach übereinstimmender Ansicht aller Kommentatoren sei ein Gläubiger, »der sich wegen einer ihm zustehenden fälligen Forderung bezahlt mache«, nach § 241 KO. überhaupt nicht, auch nicht als Anstifter strafbar. Wohl wird von den Schriftstellern zumeist die Meinung vertreten, die Strafvorschrift des § 241 sei nicht gegen den Gläubiger gerichtet, sondern nur gegen den Schuldner. Der Gläubiger könne darum auch nicht als Anstifter bestraft werden, wenn er den zahlungsunfähigen Schuldner bestimme, ihn durch Gewährung einer ihm in dieser Art nicht zukommenden Befriedigung vor den anderen Gläubigern zu begünstigen. Das Reichsgericht hat sich indessen in stetiger Rechtsprechung der entgegengesetzten Rechtsmeinung angeschlossen. (Vgl. Entsch. **48** 19, 21 und die dort weiter angeführten Entscheidungen). Es kann davon auch jetzt nach neuerlicher Prüfung der Gegengründe nicht abgehen. Denn es hat von den Gegengründen keinen für durchschlagend gefunden. Insbesondere können die aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hergenommenen Gegengründe gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht in Betracht kommen. Eine notwendige Teilnahme des Gläubigers durch Anstiftung steht nicht in Frage. Denn die strafbare Begünstigung kann ohne Beeinflussung durch den Gläubiger stattfinden, wie sie unter Umständen auch ohne jede persönliche Mitwirkung des Gläubigers möglich ist. Widersinnig aber ist es, einen Dritten, der vielleicht im Auftrag des Gläubigers oder im Zusammenwirken mit ihm den Gemeinschuldner zur strafbaren Gläubigerbegünstigung bestimmt, als Anstifter zu bestrafen, den Gläubiger selbst aber im gleichen Falle straffrei zu lassen. Daß eine solche Ordnung des Rechtsverhältnisses im Sinne des Gesetzes liegen sollte, ist nicht anzunehmen. . . . Hiernach mußte dem Rechtsmittel der Erfolg versagt werden.

StGB. § 248a. Die Not im Sinne des § 248a muß eine wirtschaftliche sein. Ehrennot genügt nicht.

I. StS. U. v. 6. April 1916 g. Sch. 1 D 85/16.

Gründe: Die Revision rügt, daß die Strafkammer nicht geprüft habe, ob § 248a StGB. auf den festgestellten Sachverhalt anzuwenden sei. Diese Rüge ist unbegründet.

Nach den Urteilsgründen hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung erklärt, er habe den Geldbetrag von 15,35 Mk. aus dem Schranke genommen, um der Schande zu entgehen, eine ersatzweise angedrohte Freiheitsstrafe absitzen zu müssen. Die Strafkammer hat das Vorbringen des Angeklagten als unwahr bezeichnet. Sie hat schon aus diesem Grunde keine Veranlassung gehabt, die Anwendbarkeit des § 248a StGB. zu prüfen. Im übrigen enthält die Angabe des Angeklagten nicht die Be-

hauptung einer wirtschaftlichen Not, sondern die Behauptung einer sogenannten Ehrennot.

§ 248a ist nur in Fällen der ersteren Art anwendbar. In den Motiven zu den Gesetzentwürfen von 1909 ist ausdrücklich hervorgehoben, die Tat erfordere dann eine mildere Beurteilung, wenn sie auf eine wirtschaftliche Bedrängnis zurückzuführen sei (Verhdlgen. ds. RT. 12. Leg.-Per. I. Sess. 1907/1908, Drucks. Nr. 1262, Begr. S. 17; II. Sess. 1909/1910, Drucks. Nr. 6, S. 17).

Bei dieser Sachlage kann es dahingestellt bleiben, ob die Strafkammer den Geldbetrag von 15,35 Mk. als einen geringwertigen Gegenstand nicht bloß im Sinne der Strafzumessung, sondern auch im Sinne des 248a StGB. angesehen hat. Im übrigen gibt das Urteil zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die Revision ist daher zu verwerfen.

StGB. §§ 40, 223a. Gehört das von einem Mittäter benutzte Werkzeug einem andern Mittäter, dessen Willen nicht auf Benutzung des Werkzeugs ging, so ist die Einziehung unzulässig.

I. StS. U. v. 13. April 1916. g. Sch. u. Gen. 1 D 73/16.

Gründe: Die Revisionen der beiden Angeklagten rügen ohne weitere Ausführung Verletzung der §§ 47, 53 Abs. 1, 3, 223a StGB. Das angefochtene Urteil läßt jedoch weder nach einer dieser Richtungen noch auch sonst in materiellrechtlicher Hinsicht, soweit es die Verurteilung zu Strafe und Kosten betrtfft, eine Gesetzesverletzung erkennen. Nur hinsichtlich der angeordneten Einziehung der bei der Tat gebrauchten Axt liegt ein Verstoß gegen § 40 StGB. vor, der zur Aufhebung der die Einziehung anordnenden Entscheidung führen muß.

Nach § 40 StGB. ist die Einziehung der dort bezeichneten Gegenstände unter der Voraussetzung statthaft, daß sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören. Im vorliegenden Fall ist nach der Feststellung der Strafkammer der Angeklagte zu 1 der Eigentümer der eingezogenen Axt, während der Gebrauch der letzteren bei Begehung der erschwerten Körperverletzung nicht ihm, sondern seinem Sohne, dem Angeklagten zu 2, zur Last fällt. Nun hat die Strafkammer zwar bei beiden Angeklagten Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB. festgestellt. Sie führt aber gleichzeitig aus, daß der Wille des Angeklagten zu 1, die Tat seines Sohnes als eigne gelten zu lassen, sich nicht auf den Gebrauch der Axt erstreckt, Angeklagter zu 1 vielmehr angenommen habe, sein Sohn werde sich bei der gemeinschaftlich zu begehenden Körperverletzung nur seiner Fäuste bedienen oder mit dem Stiel der auf dem Wagen gelegenen Gabel »drein hauen«. Ist sonach der auf seiten des Angeklagten zu 2 vorliegende erschwerende Umstand — die Benutzung eines gefährlichen Werkzeuges zur Begehung der Körperverletzung — dem Angeklagten zu 1 nicht zuzurechnen, so kann er insoweit auch nicht als »Teilnehmer« an der Tat seines Sohnes im Sinne des § 40 StGB. angesehen werden. Die Einziehung der Axt ist daher zu Unrecht ausgesprochen, und es war demzufolge nur mit der aus dieser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils sich ergebenden Maßgabe auf Verwerfung der im übrigen unbegründeten Revision zu erkennen.

StPO. §§ 22, 23 Abs. 3, 270. Der Vorsitzende des Schöffengerichts, welcher an einem Verweisungsbeschluß nach § 270 StPO. mitgewirkt hat, ist nicht unfähig, in dem demnächstigen Hauptverfahren vor der Straf-

kammer mitzuwirken. Er ist nicht Berichterstatter im Sinne des § 23 Abs. 3 StPO. Eine Auslegung der Bestimmungen der §§ 22, 23 StPO. über ihren Wortlaut hinaus verbietet sich, da in ihnen die Fälle, in denen ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, erschöpfend geregelt sind.

IV. StS. U. v. 14. April 1916. g. J. 4 D 189/16.

Aus den Gründen: Die Beschwerde über Verletzung der §§ 23 Abs. 3 und 377 Nr. 2 StPO. kann dem Rechtsmittel keinen Erfolg verschaffen. Gegen den Angeklagten war, wie die Akten ergeben, vor dem Schöffengericht in E. das Hauptverfahren wegen versuchten Betrugs eröffnet worden. Das Schöffengericht erklärte sich durch Beschluß v. 7. Oktober 1915 für unzuständig und verwies die Sache an das zuständige Landgericht, weil es den Angeklagten nach dem Ergebnisse der Verhandlung für verdächtig hielt, sich in Tateinheit mit dem Betrugsversuche einer Urkundenfälschung i. S. der §§ 267, 268 StGB. schuldig gemacht zu haben. An diesem Beschlusse hat als Vorsitzender des Schöffengerichts der Amtsrichter R. mitgewirkt, der später auch ausweislich des Sitzungsprotokolls an der Hauptverhandlung vor der Strafkammer teilgenommen hat. Durch diese Teilnahme ist § 23 Abs. 3 StPO. nicht verletzt. Wenn auch der Beschluß des Schöffengerichts die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses hatte (§ 270 Abs. 2 StPO.), so machte doch der Umstand, daß dieser Beschluß unter Mitwirkung des Amtsrichters R. zustandegekommen ist, letzteren nicht unfähig, an dem Hauptverfahren vor der Strafkammer teilzunehmen. Nach § 23 Abs. 3 a. O. ist von Teilnahme an diesem Verfahren derjenige Richter ausgeschlossen, welcher bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hat. Ein Fall dieser Art liegt hier nicht vor. Es handelt sich weder um eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, das vielmehr bereits eröffnet war, noch hat der Amtsrichter R. über den in dieser Beziehung gestellten Antrag der Staatsanwaltschaft Bericht erstattet. Eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung der Bestimmungen der §§ 22, 23 StPO. verbietet sich, da dadurch die Fälle, in denen ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, erschöpfend geregelt sind. Die Revision war daher zu verwerfen.

StGB. § 243 Nr. 2. »Mittels« Einbruchs und »mittels« Einsteigens ist nur dann aus einem Gebäude gestohlen, wenn der Einbruch und das Einsteigen das bewußt gewollte Mittel ist, das der Dieb zur Ausführung seiner Tat benutzt hat.

Es liegt deshalb Einbruchsdiebstahl selbst dann nicht vor, wenn der Dieb bei Ausführung eines zweiten, auf einem neuen Vorsatz beruhenden Diebstahls eine von ihm bei einem früheren Einbruchsdiebstahl hergestellte und benutze Öffnung sich nutzbar macht, und noch weniger, wenn der Täter in ein Gebäude durch eine offenstehende Tür eindringt und weiß, daß diese gegen den Willen des Eigentümers von einem andern Einbrecher bei einem von diesem verübten Einbruchsdiebstahl geöffnet war.

V. StS. U. v. 14. April 1916. g. V. u. B. 5 D 123/16.

Aus den Gründen: Nach der Unterstellung der Strafkammer sind die Angeklagten an dem ersten in der Villa des L. verübten Einbruchsdiebstahl nicht beteiligt gewesen; solcher ist von einem Sch. allein ausgeführt. Der Beschwerdeführer hat nur die von Sch. gestohlenen Sachen käuflich er-

worben, wissend, daß sie gestohlen waren. Nach der ferneren Unterstellung der Strafkammer haben die Angeklagten vom Ort und der Gelegenheit des Diebstahls erst durch Sch. erfahren, als dieser an eine Fortsetzung seines Diebstahls aus der Villa nicht mehr dachte, und haben dann ihrerseits den Entschluß gefaßt, die ihnen von Sch. bekanntgegebene günstige Gelegenheit zu weiterem Diebstahl auszunutzen. Sie haben dann auch unabhängig von Sch. aus eigenem Entschlusse heraus aus der Villa Sachen entwendet in der Weise, daß die Angeklagte B. sich vor dem Zaune des Gartens der Villa aufstellte, um aufzupassen und die ihr vom Beschwerdeführer anzureichenden Gegenstände entgegenzunehmen, und daß dieser den Gartenzaun überstieg, von dem Garten sich zur Villa begab, durch die von Sch. offen gelassene Türe in diese hineinging und dort unverschlossen umherliegende Sachen an sich nahm. Beide Angeklagte haben die Sachen dann sich angeeignet und in ihre Wohnung in D. geschafft.

Wenn die Strafkammer glaubt, aus diesen Tatsachen den Schluß ziehen zu können, daß, wenn der Beschwerdeführer auch nicht selbst durch Einsteigen oder Einbruch in das Haus gelangt sei, er sich doch durch sein Tun eines Diebstahls aus einem Gebäude mittels Einsteigens und Einbruchs im Sinne des § 243 Nr. 2 StGB. um deswillen schuldig gemacht habe, weil er gewußt habe, daß Sch., der vor ihm eingedrungen gewesen sei, durch Einbruch in das Gebäude gelangt sei und in diesem Schränke aufgebrochen habe, so ist diese Folgerung rechtsirrig.

»Mittels« Einbruchs und »mittels« Einsteigens ist nur dann aus einem Gebäude gestohlen, wenn der Einbruch und das Einsteigen das bewußt gewollte Mittel ist, welches der Dieb zur Ausführung s e i n e r Tat benutzt h a t. »Die Gründe für die Straferhöhung des § 243 Nr. 2 liegen (Entsch. 11 67) einerseits in dem Aufbewahrungsorte des Diebstahlsgegenstandes, der dem Zugriff des Täters Hindernisse entgegenstellt, andererseits in der die schwere besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes dartuender Art und Weise der Ausführung des Diebstahls.« Der aus § 243 Nr. 2 StGB. zu bestrafende Dieb muß also selbst — oder bei Mittätern einer von ihnen — in das Gebäude eingestiegen oder mittels Einbruches in dasselbe gelangt sein; ihm müssen sich bei der Ausführung seines Diebstahlsvorsatzes Hindernisse entgegengesetzt haben; er muß, obwohl für ihn die Notwendigkeit bestand, die Hindernisse zu überwinden, den Diebstahlsvorsatz unter deren Überwindung zur Ausführung gebracht haben. Es liegt deshalb ein Einbruchsdiebstahl selbst dann nicht vor, wenn der Dieb bei der Ausführung eines zweiten, auf einem neuen Vorsatze beruhenden Diebstahls, der also nicht als fortgesetzte Handlung angesehen werden kann, eine von ihm bei bei einem früheren Einbruchsdiebstahl hergestellte und benutzte Öffnung sich nutzbar macht; es kann demzufolge erst recht ein solcher nicht vorliegen, wenn der Dieb in ein Gebäude durch dessen offenstehende Türen eindringt und er weß, daß die Türen nicht der Besitzer des Hauses, sondern gegen dessen Willen ein anderer Einbrecher geöffnet und damit ihm für sein Tun ein Hindernis aus dem Wege geräumt hat. Auf Grund der seither als wahr unterstellten tatsächlichen Unterlagen ist die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Diebstahls aus einem Gebäude mittels Einsteigens und Einbruchs rechtlich nicht begründet; vielmehr kann auf Grund ihrer nur die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Hehlerei hinsichtlich derjenigen Sachen in Betracht kommen, die er, wissend, daß sie gestohlen waren, von dem Diebe Sch. käuflich erworben hat, und hinsichtlich der von dem Beschwerdeführer selbst gestohlenen Sachen die Verurteilung wegen einfachen Diebstahls oder auch eine solche wegen

schweren Diebstahls aus § 243 Nr. 2 StGB., der aber durch Einsteigen in einen umschlossenen Raum, nämlich den Garten der Villa, zu dem diese gehört, begangen ist, indem der Beschwerdeführer den den Garten umschließenden Zaun überstiegen hat. Zwecks Prüfung dieser bisher einer Würdigung nicht unterzogenen rechtlichen Gesichtspunkte war die Sache unter Aufhebung des Urteils und der ihm zugrunde liegenden Feststellungen an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Der Beschwerdeführer ist wegen gemeinschaftlich mit der Angeklagten B. begangenen Einsteig- und Einbruchsdiebstahls bestraft worden. Die Aufhebung des Urteils ihm gegenüber muß daher auch zur Aufhebung desselben gegenüber der Mitangeklagten nach § 397 StPO. führen, die nicht Mittäterin des Beschwerdeführers bei der Ausführung eines solchen Diebstahls sein kann, den dieser selbst nicht begangen hat. Daher war auch ihr gegenüber, wie geschehen, zu erkennen.

StPO. §§ 307 Abs. 1, 309. Zur Frage der Richtigstellung des noch nicht kundgegebenen Spruchs der Geschworenen seitens des Obmanns.

I. StS. U. v. 1. Mai 1916. g. B. 1 D 190/16.

Aus den Gründen: Nach der ausdrücklichen Feststellung des Sitzungsprotokolls hat der Obmann in Gegenwart der übrigen Geschworenen bei Kundgabe des Spruchs die Antwort auf Frage 2 als dahin lautend verlesen: Nein, mit mehr als sechs Stimmen. Vorsitzender und Gerichtsschreiber haben darauf die Niederschrift des kundgegebenen Spruchs auf dem Fragebogen — die vorher auch noch von den Mitgliedern des Gerichts einer Prüfung unterzogen wurde — unterzeichnet, also anerkannt, daß sie der Kundgebung des Obmanns entspricht. Demnächst ist der Spruch in der vorstehend wiedergegebenen Fassung dem Angeklagten verkündet und dem Urteil zugrunde gelegt worden. Daraus ist ersichtlich, daß bei allen Beteiligten, namentlich bei den Geschworenen und den Urkundsbeamten, kein Zweifel darüber bestand, daß die Niederschrift »Nein, mit mehr als sechs Stimmen« lautete, daß also das Wort »ja«, das auf dem Fragebogen in einer Umklammerung vor der niedergeschriebenen und kundgegebenen Antwort stand, weil mit dieser unvereinbar und erkennbar mittels der Umklammerung beseitigt und zurückgenommen, als nicht vorhanden erachtet wurde. Das ist nicht zu beanstanden und in dem Verfahren des Gerichts eine Verletzung prozeßrechtlicher Vorschriften nicht zu erkennen. Abgesehen von der Vorschrift des § 312 StPO., die hier nicht einschlägt, enthält das Gesetz keine Bestimmungen darüber, wie Unrichtigkeiten und Schreibversehen im Spruch beseitigt werden können, wie insbesondere eine vor endgültiger Beschlußfassung der Geschworenen und Kundgabe des Spruchs erfolgte Niederschrift eine Antwort auf dem Fragebogen der endgültigen Beschlußfassung entsprechend richtiggestellt werden kann; namentlich fehlt es an einer Vorschrift darüber, daß Durchstreichungen, Einklammerungen oder sonstige zur Beseitigung von Schreibfehlern oder Vernichtung von Schriftzeichen übliche Maßnahmen verboten seien oder nur unter Wahrung von bestimmten Förmlichkeiten erfolgen dürften, wie sie sonst bei Errichtung öffentlicher Urkunden vorgeschrieben oder eingeführt sind. So sehr es der Wichtigkeit der Sache entsprechen mag, daß solche Durchstreichungen entweder unterbleiben oder doch unterschriftlich als solche beglaubigt werden, so verletzt doch ein anderes Verfahren, bei dem der Sinn der abgegebenen Erklärung unzweideutig in Erscheinung tritt, das Gesetz nicht und kann weder als Mangel in der Form noch als solcher in

der Sache angesehen werden. Hier besteht nach den geschilderten Verhältnissen Sicherheit dafür, daß das Wort »ja« in der Niederschrift des Spruchs beseitigt ist und dieser frei von jedem inneren Widerspruch endgültig so niedergeschrieben wurde, wie ihn der Obmann demnächst kundgab.

Diejenigen Formen, die in § 307 Abs. 1 StPO. besonders vorgeschrieben sind, erscheinen gewahrt.

RGes. gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909 § 4. ***Für die*** *Beantwortung der Frage, ob die Ankündigung schmerzlosen Zahnziehens eine unwahre Angabe im Sinne des § 4 a. O. enthält, ist* ***maßgebend,*** *wie der örtliche Kundenkreis, an den sie sich richtet, sie versteht, nicht, wie das Gericht seinerseits sie auffaßt.*

IV. StS. U. v. 2. Mai 1916. g. J. 4 D 204/16.

Aus den Gründen: Der Angeklagte, der in Ch. sein Gewerbe als Zahntechniker betreibt, hat an dem von ihm bewohnten Hause bis Mitte 1913 ein Schild angebracht, auf dem die Angabe enthalten ist: »Schmerzloses Zahnziehen ohne Betäubung mittels Herbarin (eigene Erfindung)«. Die Strafkammer erblickt hierin eine unwahre und zur Irreführung des Publikums geeignete Angabe im Sinne von UnlWG. § 4. Die Begründung, die sie hierzu gibt, läßt jedoch nicht erkennen, daß sie hierbei allenthalben von richtigen rechtlichen Erwägungen ausgeht. Maßgebend für die Bedeutung einer Ankündigung ist allein, wie der Kundenkreis, an den sie sich richtet, sie versteht, nicht wie das Gericht seinerseits sie auffaßt. Diese Auffassung des Gerichts kommt vielmehr nur insoweit in Betracht, als die Mitglieder des Gerichts zu diesem Kundenkreis gehören. Sie müssen dann aber immer aus dieser Zugehörigkeit und ihrem Verständnis noch den weiteren Schluß ziehen, daß auch von der Mehrheit der übrigen Abnehmer der angekündigten gewerblichen Leistung die Ankündigung im gleichen Sinne tatsächlich verstanden wird. Diese vom großem Publikum der Ankündigung beigelegte Auffassung ist selbst dann entscheidend, wenn sie unrichtig ist und an sich von der richterlichen Beurteilung abweicht, sofern nur der Angeklagte mit dieser unrichtigen Auffassung rechnet. Es genügt deshalb an und für sich niemals, wenn das Gericht lediglich seine eigene Auffassung von der Bedeutung der Ankündigung darlegt. Nur sofern erkennbar ist, daß es damit zugleich auch die tatsächliche allgemeine Auffassung des Publikums feststellen will, ist dies ausreichend. Diese Gewähr, daß die Strafkammer eine dahingehende Auffassung des Publikums als tatsächlich vorhanden feststellen will, fehlt. Die Gründe des Urteils sagen, die Mitteilung in der Ankündigung »könne« nicht anders verstanden werden, als daß jedes Zahnziehen schmerzlos sei. Darin liegt zunächst nur die eigene Beurteilung des Gerichts über die Bedeutung der Ankündigung ausgesprochen. Sofern darin aber zugleich die Ablehnung jeder Möglichkeit einer anderen Auslegung liegt, worin mittelbar auch die Verneinung einer anderen Auffassung seitens des Publikums enthalten wäre, erweist sich diese Ablehnung nur als Schlußfolgerung aus einer vorausgegangenen Beurteilung, nicht als tatsächliche Feststellung. Diese kann um so weniger angenommen werden, als die Annahme von der Ausschließlichkeit der Meinung der Strafkammer tatsächlich nicht zutrifft und damit die ganze Schlußfolgerung auf die gleiche Meinung des Publikums entfällt. Denn, wie die Strafkammer selbst aus den Veröffentlichungen der verschiedenen gerichtlichen Entscheidungen hätte wissen können (vgl. Gewerbl. Rechtsschutz 1913 S. 348, 4 D. 1342/13. 6. V. 13),

ist schon wiederholt festgestellt worden, daß die Ankündigungen schmerzlosen Zahnziehens in sehr verschiedenem Sinne vom Publikum verstanden werden. Insbesondere ist festgestellt worden, daß das Publikum keineswegs immer sie so auffaßt, als sei unter allen Umständen das Zahnziehen schmerzlos, vielmehr sie häufig nur unter den von dem Urteil selbst hervorgehobenen Einschränkungen versteht. Diese Verschiedenheit der Feststellung beruht eben darauf, daß das örtlich verschiedene Publikum den Ankündigungen auch verschiedene Bedeutung beilegt (4 D. 1342/13 6. V. 13; 5 D. 956/10 5. I. 11; 5 D. 942/10 5. I. 11). Von einer Unmöglichkeit anderer Auslegung der Ankündigung, als sie von der Strafkammer angenommen wird, ist also nach der Rechtsprechung der Gerichte keine Rede. Deshalb muß aber im vorliegenden Falle ein ausdrücklicher Ausspruch darüber verlangt werden, welche der verschiedenen möglichen Auffassungen nun das Ch.er Publikum im allgemeinen hat. — Sodann kommt es für die Wahrheit oder Unwahrheit der Ankündigung schmerzlosen Zahnziehens nicht darauf an, ob dieses an und für sich, sei es uneingeschränkt, sei es nur eingeschränkt, überhaupt möglich ist, sondern darauf, ob der Angeklagte die Fähigkeit besitzt, im einen oder anderen Sinne schmerzlos die Zähne zu ziehen. Da hierzu die Kenntnis der Nervenlagerung erforderlich ist und der Stellen, wo die Injektion des schmerzstillenden Mittels erfolgen muß, so bedarf es dazu besonderer Ausbildung und Fähigkeiten. Insoweit aber läßt das Urteil jede Feststellung und Prüfung vermissen. Es ist daher die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache an die Strafkammer geboten.

Bei erneuter Verhandlung wird noch folgendes zu beachten sein. Die Strafkammer führt als Umstand für die Unwahrheit der Angabe auch noch an, daß die Anwendung des Mittels selbst, die Injektion, Schmerz verursache, und daß auch nach der erfolgten Zahnziehung noch Schmerzen auftreten. Es hätte der besonderen Feststellung bedurft, daß das Versprechen der Schmerzlosigkeit auch diese Vorgänge nach der Auffassung des Publikums mitumfaßte und die Ankündigung deshalb auch nach dieser Richtung unwahr sei; ohne weiteres kann von einer solchen Ausdehnung und davon, daß sich der Angeklagte dieser weiteren Auffassung des Publikums bewußt gewesen wäre, keineswegs ausgegangen werden.

RGes. v. 9. April 1900, betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit § 1. a) Einem an sich zur ordnungsmäßigen Entnahme elektrischer Arbeit bestimmten Leiter kann solche Bestimmung auch ohne ausdrückliche Willenserklärung des Berechtigten und ohne daß es an der Anlage »besonders kenntlich« gemacht wäre, durch bloße fortdauernde Außerbetriebsetzung für andere erkennbar entzogen werden. b) Laden eines fremden Sammlers (Akkumulators) auch ohne besondere Vorrichtung als Entziehung elektrischer Arbeit mittels eines Leiters im Sinne des § 1 des Gesetzes.

I. StS. U. v. 22. Mai 1916. g. D. 1 D 145/16.

Aus den Gründen: Der »Verbindungsdraht«, der sich in einem Nebenraum der elektrischen Anlage der Post an der dortigen, früher zum Laden von Mikrophonen bestimmten »Nebenanlage« befand und vom Angeklagten zum rechtswidrigen Laden von Sammlern benutzt wurde, wird im Urteil als ein Leiter erachtet, der zur ordnungsmäßigen Entnahme von elektrischer Arbeit bestimmt gewesen sei. Dem Umstand, daß dieser Leiter und die »Nebenanlage«, zu der er gehörte, von der Postverwaltung seit langem

außer Gebrauch gesetzt war, wird keine Bedeutung beigelegt, weil der Leiter jederzeit von der Post wieder habe in Gebrauch genommen werden können und nicht festgestellt sei, daß »die Nebenanlage etwa verschlossen oder sonstwie besonders kenntlich gemacht worden sei, daß sie für weitere Benutzung außer Betracht zu bleiben habe«. Diese Begründung ist rechtlich nicht einwandfrei. Zwar scheint die Strafkammer nicht zu verkennen, daß sich die Frage, ob ein vorhandener Leiter zur ordnungsmäßigen Entnahme von Arbeit bestimmt ist, nach der Willenserklärung des Berechtigten entscheidet; allein sie irrt, wenn sie meint, daß diese Willenserklärung irgendwie förmlich abzugeben sei, also hier an der Anlage »besonders kenntlich« zu machen gewesen wäre. Es genügt, wenn eine Willenserklärung des Berechtigten anderen erkennbar geworden ist (Entsch. **39** 436, 438), und diese Voraussetzung ist hier nach den Urteilsfeststellungen offenbar gegeben. Daß die tatsächliche, langdauernde und vielleicht endgültige Außerbetriebsetzung auf dem Willen der Postverwaltung beruhte, ist selbstverständlich, und dieser Wille ist auch durch den tatsächlichen Zustand für jedermann erkennbar zum Ausdruck gebracht worden, ganz abgesehen von der Frage, ob nicht, was wahrscheinlich, der tatsächliche Zustand auf eine auch dem Angeklagten bekannt gewordene förmliche Anordnung der Postverwaltung zurückzuführen ist.

Außer dem »Verbindungsdraht« glaubt die Strafkammer für das vom Angeklagten widerrechtlich vorgenommene oder gestattete Laden von Sammlern das Vorhandensein eines Leiters im Sinne des § 1 des Ges. v. 9. April 1900 überhaupt verneinen zu können, weil ein Sammler »selbst« kein Leiter sei und der Angeklagte zur Überleitung des elektrischen Stromes vom Verbindungsdraht in die Sammler eine »besondere Vorrichtung« nicht anzubringen gebraucht habe. Die bezüglichen Ausführungen des Urteils sind ebenfalls rechtlich zu beanstanden. Zur Begründung der Annahme, daß ein Sammler »selbst« kein Leiter sei, beruft sich die Strafkammer nur ganz allgemein auf das Gutachten eines Sachverständigen, ohne die tatsächlichen Grundlagen anzugeben, auf denen das Gutachten beruht. Warum die Strafkammer mit dem Sachverständigen einen Sammler nicht für einen Leiter angesehen hat und was sie überhaupt unter einem Leiter im Sinne des Gesetzes versteht, bleibt dabei völlig im unklaren. Über die Einzelteile und die innere Einrichtung und Beschaffenheit eines Sammlers spricht sich das Urteil nicht aus, und es ist jede Prüfung dahin unterlassen, ob nicht ein Bestandteil des Sammlers, insbesondere derjenige, durch dessen Berührung mit dem Verbindungsdraht der Anlage der Strom in den Sammler übergeleitet wird, als ein Leiter zu erachten ist. Indem die Strafkammer dem Sammler »selbst« die Eigenschaft eines Leiters abspricht und daneben nur das Vorhandensein des Verbindungsdrahts und das Fehlen einer »besonderen Vorrichtung« erwägt, gibt sie Grund zur Annahme, daß sie den gesetzlichen Begriff des Leiters verkannt und nicht berücksichtigt hat, daß als Leiter (im Gegensatz zu einem Isolator) jeder Körper zu gelten hat, der geeignet ist, die elektrische Spannung aufzunehmen und fortzupflanzen, sei es auch zunächst nur auf seiner eigenen Oberfläche.

Wegen der dargelegten Mängel muß das Urteil der Aufhebung unterliegen.

Nach alledem war zu erkennen, wie geschehen — entsprechend dem Antrage des Oberreichsanwalts.

Mil StGB. § 155. Zum kriegführenden Heere gehören nur diejenigen Heeresteile, welche an den kriegerischen Operationen teilnehmen. Maß-

gebend ist die tatsächliche Verwendung der einzelnen Heeresteile, nicht deren Bestimmung.

I. StS. U. v. 19. Juni 1916. g. M. 1 D 188/16.

Gründe: Die Strafkammer hat tatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte zu der Zeit, in welcher der ihm zur Last gelegte Diebstahl ausgeführt wurde, in einem Arbeitsverhältnis zu der Fortifikation Straßburg stand, ferner, daß Straßburg eine armierte Festung und Sitz eines Armee-Oberkommandos ist. Diese Tatsachen reichen nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, daß der Angeklagte der Militärstrafgerichtsbarkeit untersteht.

§ 1 Nr. 8 MStGO. bestimmt, daß die in § 155 MStGB. bezeichneten Personen wegen aller strafbaren Handlungen der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstellt sind, solange sie den Militärstrafgesetzen unterworfen sind. Zu den in § 155 MStGB. bezeichneten Personen gehören alle Personen, die in einem Dienst- oder Vertragsverhältnisse bei dem kriegführenden Heere sich befinden. Aus den Motiven des Gesetzes geht hervor, daß der weitere Begriff »kriegführendes Heer« an Stelle des engeren Begriffs »kriegführende Truppe« gewählt wurde, um auch diejenigen Zivilpersonen zu treffen, welche sich bei den im Hauptquartier befindlichen Truppen aufhalten (Stenograph. Berichte über die Verhdlgen. des RT. I. Leg.-Per., III. Sess. 1872 Bd. 3 Nr. 5, S. 45). Im übrigen ist aus der Entstehungsgeschichte des § 155 nicht ersichtlich, in welchem Sinne der Ausdruck »kriegführendes Heer« gebraucht ist. Aus dem einschränkenden Zusatz »kriegführend« muß gefolgert werden, daß nur diejenigen Heeresteile zum kriegführenden Heere gehören, welche an den kriegerischen Operationen teilnehmen. Maßgebend ist also die tatsächliche Verwendung der einzelnen Heeresteile.

In einer Entscheidung des Reichsmilitärgerichts v. 29. September 1915 (Entsch. RMilG. **19** 268/269) wird die Ansicht vertreten: als kriegführend sei ein Heeresteil dann anzusehen, wenn er zum Kampfe gegen den Feind — sei es im Felde, sei es bei der Verteidigung der heimischen Festungen — bestimmt sei. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Nach derselben müßten auch die Besatzungen der im Innern Deutschlands — weit entfernt von allen Kriegsschauplätzen — gelegenen Festungen zu dem kriegführenden Heere gerechnet werden.

Die Strafkammer hätte also prüfen müssen, ob die Fortifikation Straßburg ein Heeresteil ist, der nicht bloß zur Führung des Verteidigungskrieges bestimmt ist, sondern diesen Verteidigungskrieg auch tatsächlich führt.

Wäre die Strafkammer zur Bejahung dieser Frage gelangt, so hätte sie weiter untersuchen müssen, ob die durch § 155 begründete Zuständigkeit der Militärgerichte zur Aburteilung des Angelkagten noch fortbesteht. Gegenstand des anhängigen Verfahrens ist eine gegen die allgemeinen Strafgesetze begangene Zuwiderhandlung, welche mit einem militärischen Verbrechen oder Vergehen nicht zusammentrifft. In Ansehung dieser Zuwiderhandlung hört die Militärstrafgerichtsbarkeit auf, wenn das die Gerichtsbarkeit begründende Verhältnis beendet wird. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn bereits Anklage erhoben oder eine Strafverfügung des Gerichtsherrn zugestellt ist (§ 10 Absatz 2 MStGO.). Nach den Akten liegt weder die eine noch die andere Ausnahme vor. Die strafrechtliche Untersuchung ist ausschließlich von den Zivilbehörden geführt worden.

Hiernach ist der Revision stattzugeben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

B. Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Kammergericht.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

Weingesetz vom 7. April 1909 (RGBl. S. 393) §§ 11, 16, 18, 26, 28. Bekanntmachung des Reichskanzlers, betreffend Bestimmungen des Bundesrats zur Ausführung des Weingesetzes, vom 9. Juli 1909 (RGBl. S. 549ff.) zu §§ 10, 16. Bekanntmachung des Reichskanzlers, betreffend Änderung der Bestimmungen zur Ausführung des Weingesetzes, vom 27. Juni 1914 (RG Bl.S. 235), StPO. § 263. Reichsgesetz vom 14. Mai 1879, betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln usw. (RGBl. S. 145), § 10 Nr. 1. StGB. § 263. Fällt die Herstellung eines Extrakts, aus dem angeblich ein Ersatz für Kognak geschaffen werden kann, unter das Weingesetz? Darf in dem Falle, daß bei der Herstellung solchen Extrakts Farbstoff verwendet worden ist, und daß mit demselben nicht ausschließlich aus Wein gewonnener Alkohol vermischt wird, der daraus als Ersatzstoff hergestellte Trinkbranntwein im Verkehr als Kognak bezeichnet werden? Kann unter diesen Umständen derjenige, der den Extrakt hergestellt und in den Verkehr gebracht hat, wenn der Ersatzstoff nach seiner Anweisung als Kognak bezeichnet worden ist, als mittelbarer Täter in Betracht kommen? Kommt es für den Begriff der mittelbaren Täterschaft darauf an, daß die anderen Personen, deren sich der Täter zur Verwirklichung seines schuldhaften Willens bedient, selbst nicht schuldhaft handeln? Ist auch der Grundstoff, aus dessen Vermischung mit anderen Stoffen ein zum menschlichen Genuß bestimmtes Getränk entstehen soll, als ein Genußmittel im Sinne des Nahrungsmittelgesetzes anzusehen?

StS. U. v. 30. Mai 1916. g. K. S. 216/16.

Gründe: Der Angeklagte hat unter der frei erfundenen Bezeichnung »Kogee« im Jahre 1914 einen Extrakt hergestellt und in den Verkehr gebracht, der nach seiner Angabe »bester deutscher Ersatz« für französischen Kognak sein und nach Vermischung mit 1 l Weingeist und 1¼ l Wasser »ein leicht bekömmliches Getränk« ergeben soll, das »in Geschmack, Aroma und Preiswürdigkeit die echten französischen Marken in vielen Fällen übertrifft«. Die Vorinstanzen haben den Angeklagten aus §§ 16, 18, 26, 28 des Weingesetzes vom 7. April 1909 in Verbindung mit den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 9. Juli 1909 zu §§ 10, 16 verurteilt, weil er:

1. entgegen den vom Bundesrat erlassenen Bestimmungen bei der Herstellung von Kognak Farbstoff verwendet habe;
2. Trinkbranntwein, dessen Alkohol nicht ausschließlich aus Wein gewonnen ist, im geschäftlichen Verkehr als Kognak bezeichnet habe.

Die auf Verletzung der bezeichneten Vorschriften gestützte Revision des Angeklagten führt aus, daß der Angeklagte keinen Trinkbranntwein hergestellt habe, was auch der Berufungsrichter anerkenne, wenn er feststelle, daß »Kognak« kein Branntwein sei; der Angeklagte könne deshalb auch nicht wegen unrichtiger Bezeichnung des von ihm in Verkehr gebrachten Getränks bestraft werden.

Bei Beurteilung der Sachlage muß zwischen dem vom Angeklagten hergestellten Extrakt und dem Getränk unterschieden werden, das mit Benutzung des Extrakts erst entstehen soll.

Das Weingesetz bezieht sich ausschließlich auf Wein (weinhaltige Getränke, Schaumwein) und Kognak. Der vom Angeklagten hergestellte Extrakt ist

kein Kognak, darf als solcher nicht bezeichnet werden und ist auch so vom Angeklagten nicht bezeichnet worden. Der Name »Kogee« klingt allerdings an »Kognak« an, ist aber doch so weit davon unterschieden, daß eine Verwechslung nicht gut möglich ist. Da weiter festgestellt ist, daß der Extrakt kein Trinkbranntwein ist, das Gesetz aber nur die unrichtige Bezeichnung eines Trinkbranntweins als Kognak in § 28 [1] unter Strafe stellt, so konnte der Angeklagte nach dem Weingesetz § 28 nicht bestraft werden, selbst wenn er seinen Extrakt als Kognak bezeichnet hätte. Das aber hat der Angeklagte nicht getan, da er nur behauptet, daß sein Extrakt bester Ersatz für Kognak sei, und daß man aus ihm ein kognakähnliches Getränk herstellen könne.

Bei der Herstellung des Extrakts ist Teerfarbstoff verwendet worden. Durch die Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 9. Juli 1909 zu §§ 10, 16 ist die Verwendung von Farbstoffen bei Herstellung von Kognak verboten worden. Da der Angeklagte seinen Extrakt im Jahre 1914 hergestellt hat, hätte möglicherweise die abgeänderte Bestimmung des Bundesrats zu § 16 vom 27. Juni 1914 angewendet werden müssen, die die bei Herstellung von Kognak zulässigen Stoffe aufzählt. Das kann dahingestellt bleiben, weil der Extrakt überhaupt nicht unter das Weingesetz fällt. Anders liegt die Suche in bezug auf den aus dem Extrakt, dem Grundstoff, hergestellten Trinkbranntwein, der der Kürze halber als der Ersatzstoff bezeichnet werden soll. Soweit der im Grundstoff vorhandene Teerfarbstoff in den Ersatzstoff übergegangen ist, kann der Angeklagte dafür nach den Vorschriften des Weingesetzes nicht bestraft werden. Denn § 26 bedroht nur das Zuwiderhandeln gegen die vom Bundesrat auf Grund des § 16 erlassenen Vorschriften, die sich auf die Herstellung von Kognak beziehen. Kognak ist das aus dem Grundstoff gewonnene Getränk nicht gewesen. Es war ein Trinkbranntwein, dessen Alkohol lediglich oder doch überwiegend aus Weingeist bestand, während die Bezeichnung als »Kognak« nach § 18 nur dem Trinkbranntwein zukommt, dessen Alkohol ausschließlich aus Wein gewonnen ist.

Strafbar nach den Vorschriften des Weingesetzes kann der Angeklagte sich nur dadurch gemacht haben, daß er seinen Ersatzstoff entgegen dem § 18 [1] als Kognak bezeichnet hat. Nach § 28 Ziff. 1 genügt fahrlässiges Handeln.

Der Angeklagte hat seine Strafbarkeit aus diesem Gesichtspunkt zunächst deshalb bestritten, weil sein Grundstoff nur für den Hausgebrauch dienen sollte, für Gastwirte aber nicht bestimmt gewesen sei. Dem Angeklagten scheinen bei dieser Verteidigung die Erleichterungen des Weingesetzes (§ 11) über den Haustrunk vorgeschwebt zu haben; er übersieht, daß sich diese lediglich auf die Bereitung von Wein beziehen. Für die Herstellung von Kognak bestehen entsprechende Vorschriften nicht.

Weiter hat der Angeklagte geltend gemacht, daß er den Ersatzstoff nicht hergestellt habe, vielmehr die Herstellung seinen Abnehmern überlassen habe. Allerdings habe er jeder Flasche Grundstoff ein Flaschenschild mit der Aufschrift »Kognak« beigefügt, damit die Hausfrau wisse, welchen Inhalt die im Haushalt befindliche Flasche habe. Der Berufungsrichter hat dieses Vorbringen dahin gewürdigt, daß der Angeklagte Kognak habe in Verkehr bringen wollen und auch gebracht habe. Denn er habe den Grundstoff nicht nur an Privatpersonen, sondern auch an Händler zum Weiterverkauf vertrieben und habe damit rechnen müssen und gerechnet, daß die Händler den Ersatzstoff selbst bereiten und ihn als Kognak weiter veräußern würden. Die Revision führt dagegen aus, daß bei dieser Sachlage der Angeklagte

nicht als Täter bestraft werden könne. Nur das könne in Frage kommen, ob der Angeklagte durch das In-Verkehr-Bringen eines Grundstoffes, aus dem der Abnehmer einen von ihm, dem Abnehmer, als Kognak bezeichneten Trinkbranntwein herstelle, als Anstifter oder Gehilfe bei einer Verletzung des Weingesetzes bestraft werden könne.

Nicht beizutreten ist der Folgerung der Revision, daß eine derartige Bestrafung schon deshalb nicht möglich gewesen sei, weil eine Anklage wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Verletzung des Weingesetzes nicht erhoben worden sei. Denn die Tat des Angeklagten war nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung zu beurteilen (§ 263 StPO.); die von der Anklage angenommene Täterschaft konnte daher sehr wohl als Anstiftung oder Beihilfe gewürdigt werden.

Der Berufungsrichter ist aber mit Recht davon ausgegangen, daß der Angeklagte in erster Linie als Täter in Betracht komme. Die Feststellungen ergeben, daß der Angeklagte gewollt hat, seine Abnehmer, mögen das Privatpersonen oder Wiederverkäufer gewesen sein, sollten den Ersatzstoff als Kognak bezeichnen. Der Angeklagte kann daher als mittelbarer Täter in Betracht kommen, weil die endgültige Ware nach seiner Anweisung dem Gesetz zuwider als Kognak bezeichnet worden ist. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist allgemein anerkannt (vgl. RGE. 28, 109; 31, 80; 39, 298; 41, 39; 42, 151; Rechtspr. 6, 416). Der Täter, mag er vorsätzlich oder fahrlässig handeln, kann sich anderer Personen zur Verwirklichung seines schuldhaften Willens bedienen. Ob diese anderen Personen schuldhaft handeln oder nicht, kann sogar gleichgültig sein. Es kommt nur darauf an, daß sie ohne Vorsatz oder nur mit dem Gehilfenvorsatze den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklichen, und daß ihre Handlung auf das schuldhafte Handeln des Täters zurückzuführen ist. Wenn festgestellt wäre, daß eine Flasche Ersatzstoff mit dem beigegebenen Flaschenschilde »Kognak« von einem anderen schuldlos oder mit dem Gehilfenvorsatz in den Verkehr gebracht ist, so wäre der Angeklagte für die gesetzwidrige Bezeichnung strafrechtlich verantwortlich, gleichviel ob der Hersteller des Ersatzstoffes ein Privatmann gewesen ist, der sich einen Haustrunk verschaffen wollte, oder ein Wiederverkäufer, der den Ersatzstoff als Kognak weitergab. Die tatsächlich erfolgte Bezeichnung des Ersatzstoffes als Kognak im Verkehr ist aber nicht festgestellt. Aus dem Urteil ergibt sich nur, daß unter den Weinvorräten des Kaufmanns S. in Sch. im Februar 1915 eine Flasche »Kogee« gefunden worden ist, der das für den Ersatzstoff bestimmte Flaschenschild mit der Aufschrift »Kognak« beigelegen hat. Dieser Sachverhalt rechtfertigt die Annahme einer wirklich erfolgten Bezeichnung des Ersatzstoffes als Kognak nicht, er kommt nur als eine Vorbereitungshandlung in Frage.

Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben. In der künftigen Verhandlung ist festzustellen, ob der Ersatzstoff tatsächlich irgendwo im Verkehr als Kognak bezeichnet worden ist. Sollte diese Feststellung nicht getroffen werden können, so wird zu prüfen sein, ob der Angeklagte sich durch die Herstellung und den Vertrieb des Grundstoffs einer anderen Straftat schuldig gemacht hat. Außer den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, die beim Fehlen eines Strafantrages ausscheiden, sind § 10 [1] NMG. und § 263 StGB. zu berücksichtigen. Das Berufungsurteil ergibt nichts über die Zusammensetzung des Grundstoffs, außer daß Teerfarbstoff dabei gewesen sei. Wenn auch der Extrakt selbst nicht genießbar ist, so bildet er doch den Grundstoff, aus dessen Vermischung mit anderen Stoffen ein zum menschlichen Genuß bestimmtes Getränk entstehen soll. Er ist

deshalb unbedenklich als ein Genußmittel anzusehen. Die Verfälschung dieses Genußmittels wäre aber nur unter der Voraussetzung denkbar, daß es von einer bestimmten, für seine Art vorhandenen und anerkannten, vom Publikum auch erwarteten, normalen Beschaffenheit abwich. Ob diese Voraussetzung zutrifft, muß der weiteren tatsächlichen Aufklärung überlassen bleiben.

Für den Tatbestand des Betruges oder Betrugsversuchs kann nur auf den Inhalt der Anpreisung verwiesen werden, die sich auf der Flasche für den Grundstoff befindet. Danach ist Kogee »»mit natürlichen Extraktivstoffen und französischem Weindestillat bereitet und enthält das natürliche Aroma so wie die anderen Kognakbestandteile in konzentrierter Form«. Es wird zu prüfen sein, ob diese Angaben der Wahrheit entsprechen, und, soweit das zu verneinen ist, ob Käufer durch diese unrichtigen Angaben zum Ankauf bestimmt worden sind oder bestimmt werden sollten. Für jetzt muß dahingestellt bleiben, ob die sonstigen Tatbestandsmerkmale des Betruges gegeben sind. Für die weitere tatsächliche Aufklärung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten dürfte es förderlich sein, wenn dem Satz der Aufschrift: »Restaurateure wollen besondere Informationen verlangen« nachgegangen würde.

Oberlandesgericht Hamburg.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Grisebach, Hamburg.

Unter welchen Umständen kann gesagt werden, daß bei gewerbsmäßiger Veranstaltung von Gesangsvorträgen in einem Kaffeehaus ein höheres Interesse der Kunst obwaltet? GewO. § 33a.

Ur. des StS. des OLG. Hamburg v. 12. Mai 1916. R. II. 22/1916.

Gründe: Der Angeklagte hat vom 1. Oktober bis Ende November 1915 die Geigenvirtuosin und Sängerin E. von T. gegen ein Monatsgehalt von 500 Mk. in seinem Kaffeehause in Bremen auftreten lassen, ohne daß er dazu die im § 33a GewO. vorgesehene polizeiliche Erlaubnis besaß. Er steht auf dem Standpunkte, daß es sich bei den Darbietungen der Künstlerin um Vorträge gehandelt habe, bei deren Veranstaltung ein höheres Interesse der Kunst obgewaltet habe. Das Landgericht, das dies verneint, geht zunächst von der zutreffenden Auffassung aus, daß dazu nicht genüge, daß der Vortragende eine Leistung künstlerischer Art darbiete, sondern daß ferner auch erforderlich sei, daß seine Darbietungen nicht durch den ganzen Rahmen, in dem sie geschehen, den Betrieb in dem Lokale und die Zusammensetzung oder das Verhalten des Publikums derartig gedrückt und gestört werden, daß dadurch ein höheres Kunstinteresse ausgeschlossen werde. Das Obwalten eines höheren Interesses ist im vorliegenden Falle verneint, nicht weil die Darbietungen der E. von T. nicht auf künstlerischer Höhe gestanden hätten — das ist bejaht —, sondern weil auf seiten des Publikums ein höheres Kunstinteresse ausgeschlossen gewesen sei. Dies ist folgendermaßen begründet: Es handele sich um ein sehr großes und besuchtes Café, in welchem das Publikum auch während der Darbietungen gekommen und gegangen sei, Eintrittsgeld sei nicht genommen, es sei geraucht, auch während der Vorträge der Künstlerin habe das Publikum Bier, Speisen und Spirituosen nach Belieben verzehren können, was naturgemäß nicht ohne Geräusche abgehe, das Publikum setze sich aus dem »typischen« Kaffeehauspublikum zusammen, sowohl aus Familienpublikum, wie aus jungen Leuten mit ihren Freundinnen, so daß bei

weitem der größte Teil in dem Lokale außer körperlicher Erquickung nur Vergnügen und leichte musikalische Unterhaltung, die die persönliche Unterhaltung und Betätigung nicht wesentlich störe, dort gesucht habe, nicht aber höheres Interesse für Kunst habe betätigen wollen. Hier ist einzuschalten, daß nach den tatsächlichen Feststellungen in dem Kaffeehause auch eine Kapelle spielt, zwischen deren Konzertnummern die E. von T. einmal nachmittags und zweimal abends aufgetreten ist. Selbst wenn — so wird im Urteil fortgefahren — während der Darbietungen nicht serviert sein sollte, sei danach die für einen wirklichen musikalischen Kunstgenuß nötige vollständige Ruhe während der Darbietungen ausgeschlossen gewesen, zumal abends in derartigen Cafés das Kommen und Gehen des die Lokale mehrfach wechselnden Publikums sehr rege zu sein pflege. Ferner habe auch der Angeklagte selbst die E. von T. nicht aus höherem Interesse auftreten lassen, sondern zur besseren Unterhaltung und Heranziehung weiteren Publikums und zur Erhöhung seines Umsatzes im Interesse und im Berufe seines Gewerbes.

Daß dieser letzte Grund nicht durchschlagend ist, liegt auf der Hand. Auf den Beweggrund des Veranstalters kann es bei der Entscheidung der Frage nach dem Obwalten eines höheren Interesses nicht ankommen. In sehr vielen Fällen von Veranstaltungen von Konzerten oder wissenschaftlichen Vorträgen, bei denen ganz unbezweifelt und nach allgemeiner Anschauung ein höheres Interesse obwaltet, ist der Beweggrund des Veranstalters nicht ein höheres, ideales Interesse, sondern der Zweck des Gelderwerbes, und es kann nicht darauf ankommen, ob der Zweck durch Erhebung von Eintrittsgeldern oder auf einem Umwege angestrebt wird. Aber auch im übrigen gibt die Begründung des Landgerichts zu Bedenken Anlaß. Das Landgericht schildert im wesentlichen, wie es in derartigen Kaffeehäusern, wie hier in Frage, im allgemeinen und gewöhnlich herzugehen pflegt, berücksichtigt aber nicht genügend, ob nicht gerade bei den Vorträgen der E. von T. auf deren Darbietungen besondere Rücksicht genommen worden ist. Zutreffend ist es, daß der übliche geräuschvolle Betrieb eines großen Kaffeehauses, besonders in den Abendstunden, nicht den Rahmen einer Veranstaltung von höherem Kunstinteresse abgeben kann; die Sache kann aber so liegen, daß bei einzelnen Veranstaltungen von geringerer Zeitdauer jener geräuschvolle Betrieb eine Mäßigung erfährt, derart, daß Publikum und Bedienung gerade mit Rücksicht auf die höhere Stufe dieser besonderen Darbietung ihre sonstige Betätigung beschränken, so daß eine allseitige Übereinstimmung erstrebt und erreicht wird, dem Wert der Darbietung gerecht zu werden. Daß das Landgericht diese Frage nicht genügend gewürdigt hat, ergibt sich inbesondere daraus, daß offen gelassen ist, ob während der Vorträge der Künstlerin serviert sei oder nicht, während gerade dies ein bedeutsamer Umstand für die Entscheidung der Frage gewesen sein würde. Es kommt auch nicht darauf an, ob das Publikum Speisen und Getränke während der Vorträge genießen *konnte*, sondern darauf, ob dies tatsächlich geschehen ist und ob nicht, wenn es geschehen ist, das Publikum sich bemüht hat, das damit gewöhnlich verbundene Geräusch einzuschränken. Auch das ist nicht entscheidend, ob der größte Teil des Publikums in dem Lokale außer körperlicher Erquickung nur Vergnügen und musikalische Unterhaltung leichter Art *gesucht* hat; denn es ist denkbar, daß diejenigen, welche mit dieser Absicht und in dieser Erwartung gekommen sein mögen, alsbald in eine andere Stimmung versetzt wurden, wenn sie selbst wahrnahmen und an dem Verhalten des anderen Publikums bemerkten, daß hier eine höhere Leistung geboten

wurde. Die Gründe des Urteils geben zu Zweifeln Anlaß, ob nicht das Landgericht den Begriff des Obwaltens eines höheren Interesses zu eng aufgefaßt hat, nämlich dahin, daß dazu unbedingt auch ein Raum wie etwa ein Konzert- oder Vortragssaal und ein Publikum, das sich so, wie es in solchen Räumen üblich ist, verhalte, erforderlich sei, und daß in einem mit Kaffeehauspublikum gefüllten Kaffeehaus das Obwalten eines höheren Interesses ganz ausgeschlossen sei. Richtig ist nur, daß im Regelfalle und im gewönlichen Betriebe eines Kaffeehauses dieses nicht den geeigneten Rahmen für höheren Kunstgenuß bietet, und daß bei den dort gebotenen Vorträgen in der Regel ein höheres Interesse nicht obwaltet. Das Obwalten eines höheren Interesses ist aber dennoch möglich und gegeben, wenn der Vortragende Leistungen höherer — sei es künstlerischer oder wissenschaftlicher — Art darbietet, und wenn das Publikum in seinem gesamten Verhalten sich dem anpaßt, wozu äußerlich erforderlich ist, daß das durch den gewöhnlichen Kaffeehausbetrieb und die Bedienung verursachte Geräusch gedämpft wird und ferner, daß das Publikum wenigstens in seiner Mehrheit auch ein dem Dargebotenen angemessenes Verhalten an den Tag legt. Sind diese Erfordernisse gegeben, so wird das Obwalten eines höheren Interesses nur dann trotzdem zu verneinen sein, wenn das Lokal der Vorträge seiner Natur nach gänzlich ungeeignet und das Publikum gänzlich unfähig ist, höhere Interessen zu empfinden. Daß dies bei dem Kaffeehause des Angeklagten und bei dem es besuchenden Publikum der Fall wäre, dafür bietet das angefochtene Urteil keinerlei Anhaltspunkte, vielmehr wird nach den Feststellungen des Landgerichts in dieser Hinsicht keinerlei Bedenken zu erheben sein.

Danach war das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung zurückzuverweisen.

Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 149. Der Vorstand einer Erwerbs- und Wirtschaftgenossenschaft darf flüssige Mittel der Genossenschaft nicht in der Absicht anlegen, daß mit der Anlage das Unternehmen, bei dem das Geld angelegt wird, gefördert wird, auch dann nicht, wenn das Unternehmen, an dem sich die Genossenschaft in dieser Weise beteiligt, Zwecke verfolgt, die zu den in § 1 des Gesetzes genannten gehören.

Entscheidungsgründe: Der Angeklagte hat für den Konsum-, Bau- und Sparverein »Produktion«, eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht in Hamburg, als deren Geschäftsführer und Vorstandsmitglied im Dezember 1914 aus flüssigen Mitteln 10 Aktien zu je 1000 Mk. der »Volksfürsorge«, Gewerkschaftlich-genossenschaftliche Versicherungsaktiengesellschaft in Hamburg, erworben. Er ist deswegen gemäß § 149 des Reichsgesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom Schöffengericht Hamburg in Strafe genommen, und seine Berufung ist von der Strafkammer als unbegründet zurückgewiesen worden.

Auch der Revision muß der Erfolg versagt bleiben,

§ 149 des angeführten Gesetzes bedroht mit Strafe Handlungen von Vorstandsmitgliedern, welche auf andere als die in § 1 erwähnten geschäftlichen Zwecke einer Genossenschaft gerichtet sind. Nach § 1 dürfen aber nur solche Zwecke verfolgt werden, welche auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder gerichtet sind. Danach sind zunächst nicht auch solche Handlungen strafbar, welche zwar diesen Erfordernissen entsprechen, aber dem Gegenstande nach nicht unter die

Satzungen der betreffenden Genossenschaft fallen. Durch bloße Abweichung von der Satzungsvorschrift wird kein öffentliches Interesses verletzt, und die Strafvorschrift des § 149 will naturgemäß nur die Verletzung des öffentlichen Interesses vereiteln. Es bedarf somit keiner Prüfung, ob die Beteiligung der »Produktion« an der »Volksfürsorge« den Satzungen dieser Genossenschaft zuwiderläuft. Zu erörtern ist lediglich, ob diese Beteiligung den in § 1 des Gesetzes gekennzeichneten Zwecken dient.

Es handelt sich im vorliegenden Falle um eine Anlage flüssiger Mittel der Genossenschaft. Der Angeklagte irrt aber, wenn er vermeint, daß diese Tatsache allein die Anwendbarkeit des § 149 ausschließt. Auch eine Kapitalsanlage kann Zwecken dienen, deren Verfolgung der Genossenschaft untersagt ist. Nur solche Kapitalsanlagen, welche gleichsam geschäftlich farblos sind, d. h. nichts anderes als eine gewinnbringende Verwertung sonst brachliegender Gelder bezwecken, sind ohne weiteres einwandfrei. In solchem Falle wirrd es nicht darauf ankommen, ob das Unternehmen, an dem sich die Genossenschaft durch Aktienerwerb »beteiligt«, Zwecke verfolgt, die zu den in § 1 des Gesetzes genannten gehören. Ein Reedereibetrieb zum Beispiel fällt schwerlich unter die geschäftlichen Aufgaben einer Genossenschaft, und doch wird nichts im Wege stehen, wenn eine Genossenschaft überschüssige Kapitalien in Aktien oder Schuldverschreibungen einer Schiffahrtsgesellschaft anlegt. Es steht eben in einem solchen Falle nicht die Förderung des Schiffahrtsunternehmens, sondern die Mehrung des eigenen Vermögens und damit die Förderung der eigenen Genossenschaft in Frage.

Eine derartige Kapitalanlage hat nun aber der Angeklagte nach den für das Revisionsgericht maßgeblichen tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht vorgenommen. Er hat vielmehr seine Genossenschaft an der alle Arten der kleinen Lebensversicherung (Volksversicherung) betreibenden »Volksfürsorge« beteiligt. Diese besondere Beteiligung ist aus der Entstehungsgeschichte der »Volksfürsorge«, ihren Verhandlungen über Beteiligung der Genossenschaften als Aktionäre und dem Inhalte der Satzungen einwandfrei entnommen worden. Die hierauf bezüglichen Ausführungen des Vorderrichters werden auch von der Revision nicht angegriffen. Angefochten wird nur die Ansicht der Strafkammer, daß eine derartige Beteiligung gegen §§ 149, 1 des Gesetzes verstößt.

Die Strafkammer ist der Auffassung, daß gemäß § 149 des Gesetzes in Verbindung mit § 1 auch solche Handlungen straffällig seien, welche auf die Zweckerreichung nicht vermittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes gerichtet sind. Dem vermag der Strafsenat nicht beizutreten. Zweck und Mittel zur Erreichung des Zwecks sind nicht dasselbe. Da in § 149 nur die Zwecke erwähnt sind, erscheint es nicht zulässig, weiterzugehen, mögen auch die Mittel zur Erreichung der gesetzlichen Zwecke einen Teil der grundlegenden Begriffsbestimmung bilden. Trotzdem ist die Entscheidung der Strafkammer aufrechtzuerhalten. Mit Recht hat dieselbe angenommen, daß durch die Beteiligung an der »Volksfürsorge« nicht der Erwerb oder die Wirtschaft der Mitglieder der »Produktion« gefördert wird. Eine planmäßige Unterstützung der »Volksfürsorge« wegen ihrer möglicherweise gemeinnützigen und wirtschaftlich zu billigenden Zwecke gehört nicht zu den Aufgaben einer Genossenschaft. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Pflege des Versicherungsgeschäftes überhaupt zu den in § 1 des Gesetzes gedachten Zwecken zu rechnen ist. Keinesfalls dient die Beteiligung der »Produktion« der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder. Die «Volksfürsorge« hat einen selbständigen Ge-

schäftsbetrieb. Sie ist mit der Genossenschaft nicht identisch, und die einzelnen Genossen sind an ihr nicht beteiligt. Der Umstand, daß durch die Förderung der Zwecke der »Volksfürsorge« auch Mitgliedern der Genossenschaft die Möglichkeit zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile gewährt wird, entspricht nicht der Voraussetzung des § 1, daß die Mitglieder der Genossenschaft als solche in ihrer Gesamtheit gefördert werden sollen.

Wollte man aber auch eine mittelbare Förderung der Genossen zulassen (siehe hierüber: Parisius-Krüger, Komm. § 1 Anm. 10, S. 50, 8. Aufl.), so kann doch nicht anerkannt werden, daß die Maßregel des Angeklagten den Erwerb oder die Wirtschaft der Genossenschaft und damit auch nur mittelbar ihre Mitglieder fördert. Nach § 36 der Satzungen sollen den Aktionären der »Volksfürsorge« nur vier vom Hundert des Grundkapitals zufallen, und der nach sonst vorgeschriebenen Zuweisungen verbleibende Gewinnüberschuß den Gemeindeverbänden der mit Gewinnanteil Versicherten überwiesen werden. Hieraus folgt, daß die »Volksfürsorge« nach ihren Satzungen überhaupt nicht in erster Linie den Vorteil ihrer Aktionäre bezweckt, und daher kann auch nicht gesagt werden, daß die Beteiligung der Genossenschaft an der Aktiengesellschaft den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder auch nur mittelbar fördert. Es kommt wesentlich hinzu, daß die Aktien nur mit Zustimmung des Vorstandes und des Aufsichtsrates weiter übertragen werden können (§ 6 der Satzungen). Der Erwerb derartiger Aktien kann daher zu einer dauernden Bindung werden und jede andere, wirklichen geschäftlichen Vorteil bringende Verwertung für unabsehbare Zeit vereiteln.

Gerade auch im Hinblick auf diese Tatsache kann nicht wohl in Zweifel gezogen werden, daß die Maßregel des Angeklagten, wenn sie auch nur einen verhältnismäßig geringen Teil des Unternehmens oder Besitzes der »Produktion« betrifft, gesetzlich verboten ist. Ob im übrigen eine verhältnismäßig geringfügige Verfolgung anderer als der in § 1 des Gesetzes bezeichneten Zwecke zulässig und straflos ist, vgl. hierzu Parisius-Krüger a. a. O. Anm. 12, S. 51 f., kann dahingestellt bleiben. Hier handelt es sich um eine dauernde und nicht völlig unwesentliche Beteiligung. Auch mag darauf hingewiesen werden, daß in § 149 kein Unterschied zwischen mehr oder minder wesentlichen Handlungen gemacht wird.

Endlich kann auch der Ansicht der Revision nicht gefolgt werden, daß es nach der Entstehungsgeschichte des § 149 lediglich darauf ankommt, ein Übergreifen der Genossenschaften auf ein nicht wirtschaftliches, insbesondere auf politisches Gebiet mit Strafe zu bedrohen. Der Wortlaut des § 149 läßt solch einschränkende Auslegung nicht zu. Es sind dort ausdrücklich Handlungen genannt, welche auf andere als die in § 1 bezeichneten geschäftlichen Zwecke gerichtet sind. Wäre der Revision zu folgen, so hätte im Gegensatz gesagt werden müssen, daß Handlungen, welche auf nichtgeschäftliche (wirtschaftliche) Zwecke gerichtet seien, bestraft würden.

Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs im Sinne des § 370⁵ StGB.

U. des StS. v. 10. Oktober 1913. R. II 128/13.

Gründe: Das Landgericht hat tatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte, ein Droschenkutscher, welcher in der Humboldtstraße wohnt, am 11. Dezember 1912 dem Fuhrmann H. und dem Fuhrmann W., mit welchem er gemeinsam einen Pferdestall in der Mozartstraße gemietet

hatte, geringe Quantitäten Futter weggenommen hat, um seine Pferde damit zu füttern. Das Landgericht hat die Anwendung des § 370 [5] StGB. auf diese Tat abgelehnt, weil das fragliche Futter, wenn es auch an sich Gegenstand hauswirtschaftlichen Verbrauchs sein könne, doch nicht zum Zweck des hauswirtschaftlichen Gebrauchs des Angeklagten entwendet sei, da das Pferd des Angeklagten dem Gewerbebetrieb diene und sich nicht in seinem Hause befunden habe.

Dieser Ansicht, welche auch Olshausen und Frank vertreten, kann nicht beigetreten werden. Sie trägt etwas in das Gesetz hinein, was das Gesetz nicht enthält. Die Novelle zum § 370 [5] StGB. vom 19. Juni 1912 hat den Kreis der Gegenstände des milder zu bestrafenden Diebstahls erweitern wollen. Es kommen als solche jetzt nicht nur Nahrungs- und Genußmittel, sondern auch andere Gegenstände hauswirtschaftlichen Verbrauchs in Betracht. Es ist daher lediglich zu prüfen, ob die von dem Angeklagten gestohlenen Sachen Gegenstand hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind. Das Landgericht hat diese Frage bejaht, und dieses Gericht folgt ihm darin unbedenklich. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß auch das zur Ernährung der Haustiere geeignete Futter ein Gegenstand des hauswirtschaftlichen Verbrauchs ist. Ist dieses aber der Fall, so ist es nach dem Gesetz ohne Bedeutung, ob das Tier, welches damit gefüttert wird, im gegebenen Falle für die Hauswirtschaft oder für den Gewerbebetrieb gehalten wird, ob es sich im Hause des Diebes oder in einem räumlich davon getrennten Stalle befindet. Eine Unterscheidung zwischen der Art des Verbrauchs in dem einen und dem anderen Falle macht das Gesetz nicht, und es erscheint nicht zulässig, diese Unterscheidung hineinzutragen. Zweck der Novelle von 1912 war, die leichtere Bestrafung geringwertiger Verbrauchsgegenstände erheblich zu erweitern. Es kann deshalb nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, diesem Zweck und dem Wortlaut des Gesetzes entgegen, wieder Einschränkungen in dasselbe hineinzubringen. Es ist auch nicht erfindlich, weshalb derjenige strafbarer erscheint, der mit dem entwendeten Futter ein Pferd füttert, das in einem wenige Häuser entfernten Stall steht, als derjenige, dessen Pferd in einem mit der eigenen Wohnung im gleichen Hause befindlichen Stall untergebracht ist, oder weshalb derjenige härter bestraft werden soll, der sein Pferd in seinem Gewerbe verwendet, als derjenige, der es nur zu Privatfuhren für sich und seine Familie benutzt.

---

1. Ordnungsmäßigkeit des Strafantrags ist eine prozessuale Voraussetzung der Strafverfolgung. § 61 StGB.

2. Züchtigungsrecht dritter Personen. § 679 BGB.

U. des StS. vom 8. Dezember 1913. V. R. P. 35/13.

Gründe: Die Frage, ob ein nach § 61 StGB. erforderlicher Strafantrag ordnungsmäßig gestellt ist, gehört nach der Ansicht des Reichsgerichts (Entsch., Bd. 12, S. 34) und zahlreicher Oberlandesgerichte dem Gebiete des Prozeßrechts an, da es sich dabei nur um das Vorhandensein einer prozessualen Voraussetzung der Strafverfolgung handelt. Diesen Standpunkt hat auch der erkennende Strafsenat seit Jahren ständig eingenommen. Gemäß § 380 StPO. ist daher auf die Rüge der Revision des Angeklagten, der erforderliche Strafantrag sei nicht ordnungsmäßig gestellt, nicht einzugehen.

Dem Landgericht ist darin beizutreten, wenn es ein abgeleitetes Züchtigungsrecht Dritter gegen Kinder in den Fällen anerkennt, wo die Unart des

Kindes eine sofortige Züchtigung des Kindes erfordert und die Eltern oder Erzieher nicht anwesend oder unmittelbar erreichbar sind. So ist auch bereits wiederholt erkannt (OLG. Braunschweig, DJZ. 1905, S. 752; OLG. Jena, Bl. für Rechtspfl. in Thür., Bd. 60, S. 125), in welchen beiden Entscheidungen weitere Literatur angeführt ist.

Der zutreffende Gesichtspunkt, aus dem dieses Recht anzuerkennen ist, ist der der Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei jedoch der § 679 BGB. insbesondere heranzuziehen ist. Denn wenn für die Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen vorgeschrieben ist, sie sei so zu besorgen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert, so würde diese allgemeine Vorschrift häufig der Sachlage des Falles nicht gerecht werden, da, freilich nicht wie im vorliegenden Falle, aber doch im allgemeinen nicht selten der Dritte mutmaßen müßte, der Vater sei mit der Unart des Kindes einverstanden oder doch jedenfalls nicht gewillt, das Kind von einem Dritten züchtigen zu lassen. Ein solcher entgegenstehender Wille kommt aber nach § 679 nicht in Betracht, wenn eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, in Frage ist. Es ist nicht fraglich, daß die Pflicht der Erziehung, zu der auch die Züchtigung für gelegentliche Unarten gehört, im öffentlichen Interesse liegt, wie denn auch die Erziehung eines Kindes unter Umständen den Eltern entzogen und behördlich geregelt werden kann. Es kommt hierbei nicht darauf an, daß dies reichsrechtlich zum Teil nur zugelassen und das Weitere der Landesgesetzgebung überlassen worden ist (§§ 55, 56 StGB., Art. 135 EGBGB.); der Satz, daß die ordnungsmäßige Erziehung der Kinder im öffentlichen Interesse liegt und die Erfüllung dieser Erziehungspflicht im öffentlichen Interesse geboten ist, hat, ganz abgesehen von diesen gesetzlichen Vorschriften, allgemeine Geltung.

Hierdurch wird zugleich das Recht des Dritten bei Züchtigung fremder Kinder begrenzt. Es sind Fälle denkbar, daß eine heftige Züchtigung eines Dritten als Überschreitung des Züchtigungsrechts erscheinen könnte, während dieselbe Züchtigung, wenn sie vom Vater ausgeübt wurde, noch als innerhalb seines väterlichen Züchtigungsrechts liegend, angesehen werden könnte. Der Dritte darf die Züchtigung nicht in stärkerem Maße ausüben, als das öffentliche Interesse es von dem Vater erfordern würde. Daß dabei die Grenzen nicht fest bestimmt sein können und es auf die Lage des Einzelfalles ankommt, ist selbstverständlich.

Wenn das Landgericht also in dieser Beziehung sagt, man werde zu fragen haben, wie sich im vorliegenden Falle ein vernünftiger Vater benommen haben würde, und erwägt, was ein Vater voraussichtlich oder vielleicht getan haben würde, so ist diese Fragestellung nicht ganz zutreffend. Es kommt vielmehr darauf an, welche väterliche Züchtigung im öffentlichen Interesse angemessen gewesen wäre. Das Landgericht stellt fest, der sechsjährige Privatkläger habe auf der Straße nachmittags den dreijährigen Sohn des Oberlehrers M. mit einer Schaffnerzange am Ohr gefaßt gehabt, so daß dieser laut geschrien und eine sichtbare Stelle am Ohr davongetragen habe, mehrere andere Kinder seien vor dem Knaben davongelaufen; der Angeklagte habe von dem Jungen die Herausgabe der Zange verlangt, was dieser verweigert habe, und habe ihm darauf mit seinem aufgerollten Schirm einige Schläge auf das Gesäß gegeben, ihm dann die Zange abgenommen und ihm noch zwei oder drei Schläge mit dem Schirm auf das Gesäß gegeben. Am Abend sind, wie das Landgericht ferner feststellt, auf dem Gesäß des Knaben Streifen, Verfärbungen und Anschwellungen bemerkt worden, die, wie das Landgericht für erwiesen

erachtet, von den Schlägen des Angeklagten herrührten. Diese Züchtigung überschritt nach Ansicht des Revisionsgerichts nicht die Grenzen einer für das Tun des sechsjährigen Knaben im öffentlichen Interesse angemessenen Bestrafung. Der Angeklagte hat daher nicht rechtswidrig gehandelt und war demnach freizusprechen.

Einlegung eines Rechtsmittels durch einen nicht als Verteidiger zugelassenen Vertreter nicht zulässig. §§ 138, 363 StPO.

Beschl. des StS. des OLG. Hamburg vom 25. Mai 1914. Bs. St. 212/14.

Die Angeklagte, die vom Schöffengericht wegen Diebstahls verurteilt war, hatte sich zur öffentlichen Rechtsauskunftsstelle in L. begeben. Es wurde ihr geraten, Berufung einzulegen. Der bei der Rechtsauskunftsstelle beschäftigte Assessor F. ließ sie eine Vollmacht unterschreiben und legte dann für sie unter Einreichung der Vollmacht das Rechtsmittel ein. Das Landgericht verwarf die Berufung gemäß § 363 StPO. durch Beschluß, weil der Assessor F. nicht als Verteidiger zugelassen sei und nicht zu den im § 138 Abs. 1 StPO. bezeichneten Personen gehöre. Gegen diesen Beschluß erhob Assessor F. sofortige Beschwerde. Das OLG. billigte grundsätzlich den Standpunkt des Landgerichts, hob aber doch den Beschluß auf und ordnete Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht an aus folgenden

Gründen: Die sofortige Beschwerde ist rechtzeitig erhoben. Sie ist auch zulässig, obgleich sie nicht von der Angeklagten selbst, sondern von dem bei der öffentlichen unentgeltlichen Rechtsauskunftsstelle in L. beschäftigten und von der Angeklagten bevollmächtigten Assessor F. eingelegt ist. Denn da das Landgericht die von diesem für die Angeklagte eingelegte Berufung deshalb verworfen hat, weil es den Assesor F. nicht als Verteidiger zugelassen hat, so erscheint auch dieser als durch den angefochtenen Beschluß beschwert.

Es ist streitig, ob sich der Beschuldigte bei Ausübung seiner prozessualen Befugnisse außerhalb der Hauptverhandlung und der sonstigen richterlichen Termine noch durch andere Personen als den Verteidiger auf Grund einer Vollmacht vertreten lassen darf, ob er also mündliche Erklärungen vor dem Gerichtsschreiber oder schriftliche Erklärungen durch einen beliebigen Bevollmächtigten wirksam abgeben kann (Löwe, StPO., 13. Aufl., vor § 137 Note 6 a). Mehrere Gerichte und zahlreiche Kommentatoren stehen auf dem Standpunkt, daß bei dem Schweigen des Gesetzes in ergänzender Anwendung der allgemeinen prozessualen Grundsätze die Vertretung des Beschuldigten bei einzelnen Prozeßhandlungen durch einen beliebigen Bevollmächtigten für zulässig zu erachten sei, sofern die StPO. anderes nicht ausdrücklich vorschreibe (Bayer. Ob. LG. vom 31. Dezember 1910 in dessen Sammlung v. Entsch. in Strafs., Bd. 10, S. 454 und die dort angeführten Kommentare und Entsch.; vgl. auch OLG. Posen vom 17. Dezember 1910 in Goltd. Archiv, Bd. 60, S. 332).

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es ist vielmehr daraus, daß die StPO. in ganz bestimmten Fällen die Vertretung ausdrücklich zuläßt (so §§ 233, 322, 418 StPO.), zu folgern, daß das Gesetz im allgemeinen davon ausgeht, daß die am Strafprozeß Beteiligten die erforderlichen Prozeßhandlungen persönlich vorzunehmen haben. Nur der nach den Vorschriften des Gesetzes gewählte oder bestellte Verteidiger hat in weitgehendem Maße auch die Vertretungsbefugnis. Dies ist der Standpunkt des Reichsgerichts (Entsch. in Strafs., Bd. 9, S. 78 f.); es ist aus der in DJZ. 1910, S. 1084 kurz veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts nicht zu folgern, daß

das Reichsgericht seine frühere Ansicht verlassen habe. Auch der Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1908 steht auf demselben Standpunkte, und es wird in der Begründung (Amtl. Ausg., S. 206) ausdrücklich hervorgehoben, daß diese dem geltenden Rechte entspreche. Dieser Rechtszustand führt auch keineswegs zu Unzuträglichkeiten oder Härten, da die in Frage kommenden Handlungen, insbesondere die Einlegung von Rechtsmitteln regelmäßig schriftlich ohne weitere Förmlichkeiten geschehen können.

Dem Landgericht war daher beizutreten, insofern es ausgesprochen hat, daß die Einlegung der Berufung durch den von der Angeklagten bevollmächtigten Assessor F. an sich unzulässig war, da dieser nicht zu den im § 138 StPO. bezeichneten Personen gehört und vom Gericht bis dahin als Verteidiger nicht zugelassen war.

Mit dem Reichsgericht (s. die angef. Entsch., Bd. 9, S. 80) ist jedoch die nachträgliche Genehmigung der Zulassung einer nicht zu den im § 138 StPO. bezeichneten Personen als Verteidiger für zulässig zu halten, und zwar mit der Wirkung, daß diese Genehmigung, wenn sie erteilt wird, rückwirkende Kraft hat, so daß es dann nur darauf ankommt, ob das Rechtsmittel innerhalb der vorgeschriebenen Frist eingelegt ist. Ob das Landgericht der Ansicht ist, daß die nachträgliche Zulassung nicht erteilt werden könne oder nicht erteilt werden solle, ist aus dem angefochtenen Beschlusse nicht zu entnehmen. Jedenfalls trägt das Beschwerdegericht kein Bedenken, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles die Zulassung des Assessors F. als Verteidiger für die hier in Frage kommende Einlegung der Berufung zu erteilen. Eine solche beschränkte Zulassung ist möglich. Ob der Assessor F. in weiterem Umfang als Verteidiger zuzulassen ist, bedarf nicht der Entscheidung durch das Beschwerdegericht.

Inwieweit sind die auf Grund des § 8 des Stellenvermittlergesetzes vom 2. Juni 1910 erlassenen weiteren Bestimmungen gültige Strafrechtsnormen? (§ 13 Ziff. 1 des Stellenvermittlergesetzes.)

U. des StS. v. 10. Oktober 1913. R. II 131/13.

Gründe: Es handelt sich um die Frage nach der strafrechtlichen Gültigkeit der Bestimmung des § 10 der (hamburgischen) Verordnung vom 28. September 1910, wonach vor Abschluß des Dienstvertrages die Stellenvermittler sorgfältige Erkundigungen darüber einzuziehen haben, ob der Stellensuchende für die in Aussicht genommenen Stellen geeignet und und andererseits, ob die zu vergebende Stelle für ihn passend ist. Das Landgericht hat dieser Bestimmung die Gültigkeit abgesprochen unter Berufung auf die Entscheidung des erkennenden Senates vom 23. März 1910. Damals war die entprechende Bestimmung im § 9 der Verordnung vom 30. April 1902 enthalten; sie war im wesentlichen gleichen Inhalts und lautete:

> Die Gesindevermieter und Stellenvermittler haben sorgfältige Erkundigungen über die Dienstverhältnisse der Dienstberechtigten und der zur Dienstleistung Verpflichteten einzuziehen.

Das Oberlandesgericht hat in der angeführten Entscheidung ausgesprochen, es handele sich hier nur um zivilrechtliche Verpflichtungen, nicht um eine öffentliche Vorschrift; außerdem sei die Bestimmung zu allgemein gehalten, um als Strafnorm gelten zu können.

Das Gericht vermag bei wiederholter Prüfung an jener Ansicht nicht festzuhalten.



Jener Endscheidung vom 23. März 1910 ist zutreffend entgegengehalten (Hartmann im Recht, 1910, S. 509/510), daß es nicht darauf ankomme, daß die Vorschrift des § 10 der VO. an und für sich zivilrechtlicher Natur sei. Es sei möglich und nicht selten, daß Vorschriften zivilrechtlicher Art auf das Gebiet des Strafrechts übergeleitet werden, und sie erhielten dann den Charakter öffentlich-rechtlicher Normen. Das ist richtig, und es ist ferner richtig, daß dies im vorliegenden Falle zutrifft. Denn das Stellenvermittlergesetz gehört seinem ganzen Inhalt und seiner Natur nach dem Gebiet des öffentlichen Rechts, nämlich dem Gewerberecht an, und wenn im § 8 des Gesetzes der Landeszentralbehörde die Befugnis erteilt ist, weitere Bestimmungen über den Umfang der Rechte und Pflichten sowie über den Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler zu erlassen, und im § 13 Z. 1 des Gesetzes ganz allgemein die Zuwiderhandlung gegen die im § 8 bezeichneten Bestimmungen unter Strafe gestellt wird (wie dies früher im § 148 Ziffer 4a der GewO. geschehen war), so schließt das jeden Zweifel darüber aus, daß alle Vorschriften der Verordnung vom 28. September 1910 dem öffentlichen Rechte angehören, auch diejenigen, welche das Verhältnis zwischen den Stellenvermittlern und dem Publikum, nicht das zwischen den Stellenvermittlern und den Behörden betreffen, und welche daher zunächst privatrechtlicher Natur sind. Den Gerichten steht es in solchen Fällen nicht zu, die öffentlich-rechtliche Natur einer Vorschrift deshalb zu verneinen, weil sie zunächst dem Privatrecht angehört. Denn es ist eine Frage der Gesetzgebung, ob eine solche, zunächst privatrechtliche Vorschrift mit öffentlich-rechtlichem Charakter bekleidet werden soll.

Die Vorschrift, auf Grund deren die Bestrafung in den Fällen der Zuwiderhandlung gegen die VO. vom 28. September 1910 eintritt, ist nicht der § 20 der VO. Es wird hier nur mitgeteilt, daß Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der VO. gemäß § 13 Abs. 1 Ziffer 1 des Stellenvermittlergesetzes bestraft werden. Dieses Gesetz ist es allein, welches die Bestrafung festsetzt, und zwar sind alle Zuwiderhandlungen gegen die VO. unter Strafe gestellt.

Soweit also die Bestimmungen der auf Grund des § 8 erlassenen Verordnungen von unbestimmter Fassung oder unbestimmten Inhalts sind, bleibt nichts übrig, als dem Strafrichter in höherem Maße als sonst die Befugnis zuzugestehen, die Verordnung auszulegen und sie freier zu behandeln, als im allgemeinen Strafrechtsnormen zu behandeln sind. Bei völliger Unbestimmtheit einer Vorschrift wird auch dahin gelangt werden können, überhaupt zu verneinen, daß eine Strafrechtsnorm vorliegt. Wenn zum Beispiel im § 3 der VO. bestimmt wird, daß die Stellenvermittler sich aller Handlungen und Unterlassungen zu enthalten haben, welche zur Täuschung geeignet sind, so scheint daraus ein greifbarer Tatbestand, ohne daß dies hier zu entscheiden wäre, überhaupt nicht entnommen werden zu können.

Es ist nicht zu leugnen, daß auch der hier in Frage kommende § 10 der VO. erheblich an Unbestimmtheit leidet. Nach dem Wortlaut muß der Stellenvermittler auch dann bestraft werden, wenn durch seine Vermittlung ein Dienstvertrag zustande gekommen ist, welcher weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer Anlaß zur Unzufriedenheit gibt, sofern der Stellenvermittler vor der Vermittlung keine Erkundigungen eingezogen hat. Es ist billig, zu bezweifeln, ob dies dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde. Zu entscheiden ist darüber hier nicht. Ferner ist unbestimmt gelassen, in welcher Weise die sorgfältigen Erkundigungen einzuziehen sind, und fraglich, ob nicht Erkundigung bei den Beteiligten selbst genügt, wenn diese als zuverlässig bekannt sind oder den Eindruck

zuverlässiger Personen machen. Immerhin kann dies nicht dahin führen, der Vorschrift, wie in dem Urteil vom 23. März 1910 geschehen ist, die Gültigkeit ganz abzusprechen.

Da, wo die mangelnde Erkundigung zu Unzuträglichkeiten führt, und wo die Erkundigungen gar nicht oder ganz ohne Gewähr für die Zuverlässigkeit der befragten Person eingezogen werden, ist der Tatbestand der Zuwiderhandlung gegen den § 10 der VO. im § 13 Ziffer 1 des Gesetzes jedenfalls gegeben. Insofern kann nicht gesagt werden, daß die Vorschrift der erforderlichen Bestimmtheit ermangele.

Die Gerichte haben auch, obgleich ähnliche Vorschriften auch in anderen Bundesstaaten erlassen sind (Preußen VO. vom 16. August 1910 § 10; Sachsen VO. vom 26. Oktober 1910 III § 7), soweit bekannt, die Ungültigkeit dieser Bestimmungen als Strafrechtsnormen, abgesehen von dem Urteil vom 23. März 1910, nicht ausgesprochen. Das Preußische Kammergericht hat, ohne sich über die Frage zu äußern, die Bestimmung für gültig angesehen (Entsch. vom 27. Oktober 1904, GewArch., IV. S. 225).

Die Sache war danach zu anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Anrechnung des Aufenthalts in einer Irrenanstalt auf die Strafzeit. § 493 StPO.

Beschl. v. 18. April 1916. Bs. St. 7/16.

Gründe: Ob angesichts der Vorschrift des § 493 StPO. in dem Falle, wenn ein Verurteilter nach Beginn der Strafvollstreckung wegen Geisteskrankheit in eine Irrenanstalt gebracht wird, eine Unterbrechung der Strafvollstreckung seitens der Staatsanwaltschaft überhaupt eintreten kann, ist streitig. Neuerdings mehren sich die Stimmen, die dies verneinen: Löwe-Rosenberg, StPO. bei § 493; Rosenberg in DStRZ. 1916, S. 10; Rixen, Zur Frage der Anrechnung des Irrenanstaltsaufenthalts auf die Strafzeit; Jurist.-psychiatr. Grenzfragen 1914. Doch hält das Beschwerdegericht an der früher von ihm vertretenen und herrschenden Ansicht fest, daß trotz der bezeichneten Vorschrift des Gesetzes eine solche Unterbrechung zulässig und möglich ist. Mitbestimmend ist für das Beschwerdegericht gewesen, daß auch die Kommission für die Reform des Strafprozesses sich auf diesen Standpunkt gestellt hat (Protokolle, Bd. II, S. 294), und daß in dem Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1908, wie die Begründung zu §§ 471—473 des Entwurfs ergibt, das geltende Recht nicht abgeändert werden sollte, obgleich freilich die Fassung des § 472 Abs. 2 des Entwurfs darüber wiederum einen Zweifel aufkommen läßt, so daß eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert erscheint.

Aber auch von dem Standpunkt der Zulassung einer Strafunterbrechung aus muß erfordert werden, daß die Unterbrechung nicht lediglich von der Strafvollstreckungsbehörde durch eine schriftliche Verfügung angeordnet wird, sondern daß sie auch durchgeführt wird, derart, daß nach der Unterbrechung sich die Strafvollstreckungsbehörde aller Verfügungsgewalt über den Verurteilten begibt, und daß der Aufenthalt des Verurteilten in der Irrenanstalt nicht mit Rücksicht auf die noch bevorstehende Strafvollstreckung verlängert wird. Ist sein Aufenthalt dort zu seinem Schutze oder zum Schutze der Allgemeinheit nicht mehr erforderlich, worüber die zuständige Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, so ist der Verurteilte zu entlassen und darf nicht mit Rücksicht auf den Rest der Strafverbüßung festgehalten werden; vgl. auch OLG. Düsseldorf, Beschluß vom 13. September 1907, Goltd. Archiv, Bd. 56, S. 111.

Im vorliegenden Falle ist zunächst demgemäß verfahren. Bei Unterbrechung am 17. August 1913 hat die Staatsanwaltschaft der Polizeibehörde hier mitgeteilt, daß sie sich jeder Verfügung über den bisherigen Strafgefangenen begebe, und es hat an diesem Tage die Polizeibehörde auf Grund des § 22 des hamburgischen Gesetzes, betreffend das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege, den Beschwerdeführer zu seinem Schutze und zur Abwendung von Gefahren für andere Personen in Verwahrung genommen und zur Heilung der bei ihm festgestellten Geistesstörung der Irrenanstalt Langenhorn überwiesen; auch sind die Kosten von diesem Tage an von der Allgemeinen Armenanstalt getragen. Die Strafunterbrechung ist dem Verurteilten bekanntgegeben.

Nach Verlauf längerer Zeit ist dann eine Besserung in dem Befinden des Verurteilten eingetreten. Die Direktion der Irrenanstalt Langenhorn hat darüber auf Ersuchen des Beschwerdegerichts mitgeteilt, der Beschwerdeführer würde unter gewöhnlichen Verhältnissen, wenn er nicht Strafgefangener gewesen wäre, nicht die ganze Zeit bis 11. November 1915 in der Anstalt zurückbehalten worden sein; er sei deshalb länger zurückbehalten worden, weil nach seinem Abgang wieder die Fortsetzung des Strafvollzuges wenigstens habe versucht werden müssen und es deshalb angezeigt gewesen sei, sein Nervensystem durch entsprechende längere Anstaltsbehandlung möglichst zu kräftigen. Es geht daraus und aus den Akten der Irrenanstalt hervor, daß, als die Besserung des Beschwerdeführers eintrat, zwar der Polizeibehörde unter dem 18. Januar 1915 seitens der Irrenanstalt mitgeteilt worden ist, N. sei so weit wieder hergestellt, daß er demnächst als strafvollzugsfähig in das Gefängnis zurückgeführt werden könne, daß aber hieraufhin nicht von neuem geprüft worden ist, ob der Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Anstalt zu seinem oder anderer Personen Schutze noch erforderlich sei. Auch die herangezogenen Akten der Polizeibehörde ergeben hierüber nichts anderes. Hiernach liegt die Sache so, daß anzunehmen ist, der Beschwerdeführer würde, wenn er nicht Strafgefangener gewesen wäre, bei seiner Besserung aus der Anstalt entlassen worden sein, die weitere Festhaltung in der Anstalt ist mit Rücksicht auf den noch ausstehenden Strafvollzug geschehen. Die Irrenanstaltsdirektion hat den genauen Zeitpunkt nicht angeben können, wann seine Entlassung hätte stattfinden können. Da unter dem 18. Januar 1915 von Besserung berichtet wird, so muß zugunsten des Verurteilten angenommen werden, daß schon am 1. Januar 1915 N. so weit gebessert war, daß er hätte entlassen werden können.

Da also der Beschwerdeführer von diesem Tage an lediglich deshalb in der Irrenanstallt behalten worden ist, weil er Strafgefangener war, mag dies auch zu seinem Besten geschehen sein, so ergibt sich die Folge, daß für diese Zeit die Vorschrift des § 493 StPO. wieder Anwendung finden muß, so daß die Zeit vom 1. Januar bis 11. November 1915 in seine Strafzeit einzurechnen ist.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Dr. Schroeder, Hamburg.

Zurückweisung der Privatklage nach § 423 der StPO. und Eröffnung des Hauptverfahrens wegen derselben Beleidigung. §§ 423, 210 StPO.

Urteil v. 9. Februar 1914.

Aus den Gründen: Der Angeklagte hat in einer Beschwerde an den Oberstaatsanwalt den Privatkläger als einen Mann bezeichnet, der vor keinem Falscheide zurückschrecke. Wegen dieser ihm bei einer Vernehmung

bekannt gewordenen Äußerung hat der Privatkläger am 20. November 1911 bei dem Amtsgericht Hamburg Privatklage erhoben. Der Angeklagte hat mit seiner Erklärung auf diese Klage eine Abschrift der Beschwerde zu den Akten gebracht. Dadurch hat der Privatkläger von ihrem ganzen Inhalt Kenntnis erlangt. Er hat wegen der übrigen darin enthaltenen Beleidigungen am 4. Januar 1912 eine zweite Privatklage angestellt. Durch Beschluß des Amtsgerichts vom 18. November 1912 ist in der ersten Privatklagesache der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens auf Grund des § 193 des StGB. abgelehnt worden. Die dagegen von dem Privatkläger eingelegte Beschwerde ist durch Beschluß des Landgerichts vom 6. Januar 1913 zurückgewiesen worden. Am 19. November 1912 hat das Amtsgericht auf die zweite Privatklage das Hauptverfahren wegen Beleidigung eröffnet. Durch Urteil des Schöffengerichts vom 19. April 1913 ist der Angeklagte in dieser Sache verurteilt worden. Auf die dagegen eingelegte Berufung hat das Landgericht das Erkenntnis des Schöffengerichts aufgehoben und die Strafverfolgung für unzulässig erklärt. Die Strafkammer ist bei ihrer Entscheidung ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß die Einreichung der Beschwerde troß der Verschiedenartigkeit ihres Inhalts eine einheitliche Handlung im Rechtssinne sei. Sie hat danach angenommen, daß der rechtskräftige Ablehnungsbeschluß des Amtsgerichts vom 18. November 1912 der Strafverfolgung des Angeklagten wegen aller Äußerungen in seiner Eingabe entgegenstehe.

Die auf die Verleßung des Saßes ne bis in idem gestüßte Revision des Privatklägers ist nicht nach § 380 d. StPO. unzulässig, sie ist aber unbegründet. Der Privatkläger rügt, daß die Entscheidung der Strafkammer auf einer Verkennung der Wirkung des Beschlusses vom 18. November 1912 beruhe. Er ist der Meinung, daß der am 6. Januar 1913 rechtskräftig gewordene Ablehnungsbeschluß nicht geeignet sei, gegenüber der vorher beschlossenen Eröffnung des Hauptverfahrens irgendwelche Rechtskraft zu schaffen. Er beruft sich dafür auf das im 23. Bd. d. Entsch. i. StS. auf S. 392 abgedruckte Urteil des Reichsgerichts. Diesem lag ein Fall zugrunde, in dem die Strafkammer auf einen fehlerhaften Antrag der Staatsanwaltschaft zwei miteinander unvereinbare Beschlüsse über dieselbe Straftat in demselben Verfahren gefaßt hatte. In dem hier vorliegenden Falle sind aber die sich widersprechenden Entscheidungen auf zwei selbständige Klagen ergangen, die freilich dieselbe Tat betrafen, in prozessualer Beziehung aber voneinander unabhängig waren. Es fehlt den beiden Beschlüssen des Amtsgerichts daher an der Zusammengehörigkeit, die in dem reichsgerichtlichen Erkenntnis vorausgeseßt wird.

Der Richter, der auf Grund der zuerst angestellten Klage über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu befinden hatte, war nach Beibringung einer Abschrift der Beschwerde durch den Angeklagten imstande und verpflichtet, die den Gegenstand der Klage bildende beleidigende Kundgebung nach allen tatsächlichen und rechtlichen Seiten zu prüfen. Er war durch die zuerst erhobene Klage mit der Tat des Angeklagten in ihrem vollen Umfange befaßt und hatte bei seiner Entscheidung den ganzen Inhalt der Beschwerde zu berücksichtigen. Lehnte er die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, so konnte nach der Rechtskraft des Beschlusses die Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden. Die geseßlich anerkannte Rechtskraft des Ablehnungsbeschlusses hinderte — Entsch. d. RG. i. StS., Bd. 46, S. 67 — außer in dem vorbezeichneten Falle die anderweite strafrechtliche Verfolgung des Angeklagten wegen derselben Tat. An dieser Rechtskraftwirkung der Zurückweisung

der Klage ist durch die Eröffnung des Hauptverfahrens nichts geändert worden, die das Amtsgericht in dem zweiten Verfahren auf Grund desselben Sachverhalts vor der Einlegung der Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß verfügt hat und die auf der rechtsirrtümlichen Ansicht beruht, der zum Gegenstand der zweiten Privatklage gemachte Teil der beleidigenden Eingabe enthalte eine andere Tat als die am Tage vorher für straffrei erklärte Äußerung. Allerdings hätte das Beschwerdegericht — Entsch. d. RG. i. StS. Bd. 29 S. 174 — nach der Eröffnung des Hauptverfahrens durch den amtsgerichtlichen Beschluß vom 19. November 1912 wegen der Anhängigkeit der Sache vor dem Schöffengericht sich einer sachlichen Entscheidung über die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat enthalten müssen. Nachdem es aber — offenbar in Unkenntnis des bereits eröffneten Verfahrens — eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung in der Sache selbst gefällt hat, steht dem Angeklagten der Schutz des § 210 d. StPO. zur Seite, der nur dann versagt, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel hervorgetreten sind.

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Sieburg in Celle.

Zur Bedeutung des Satzes »volenti non fit injuria« bei Körperverletzungen.

Urteil des StS. v. 10. Juli 1913. S. 84/13.

Gründe: Der Angeklagte, selbst Zahntechniker, hatte in seiner Eigenschaft als selbständig arbeitender Gehilfe eines anderen Zahntechnikers, des Dentisten F. in O., dem Magistratsarbeiter D. daselbst, einem Manne von 30 Jahren, der an einer allgemeinen eitrigen Zahnfleischentzündung litt und infolgedessen heftige Schmerzen hatte, im Verlaufe weniger Tage auf das jedesmalige Verlangen des D. im ganzen dreizehn Zähne ausgezogen, von denen zehn völlig gesund waren und jedenfalls noch zwei weitere nur leicht beschädigt waren und durch Plombieren hätten erhalten werden können. Von der dieserhalb gegen ihn — auf die Anzeige des demnächst auch als Nebenkläger zugelassenen D. — erhobenen Anklage der fahrlässigen Körperverletzung mit Übertretung einer Gewerbspflicht, Vergehen gegen § 230 Abs. 2 StGB., ist der Angeklagte durch Urteil des Schöffengerichts freigesprochen, und die dagegen von dem Amtsanwalt und dem Nebenkläger erhobenen Berufungen sind durch das mit der vorliegenden Revision des Nebenklägers angefochtene Urteil des LG. zurückgewiesen. In dem jetzt angefochtenen Urteil wird von dem LG., in wesentlicher Übereinstimmung mit dem SchG., außer dem oben erwähnten Tatbestand noch folgendes angeführt: Das Ausziehen, der dreizehn zum weitaus größten Teil gesunden Zähne stelle an sich eine Körperverletzung dar, die auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt eines Eingriffs zu Heilzwecken straflos bleiben könne. Denn der erfolgte Eingriff sei keineswegs sachgemäß gewesen, wie auch von dem Angeklagten selbst von vornherein erkannt sei, der den Nebenkläger vor dem Ausziehen jedesmal darauf aufmerksam gemacht habe, daß die Zähne nicht ausgezogen zu werden brauchten, sondern durch entsprechende Behandlung geheilt werden könnten. Indessen habe der Nebenkläger jedesmal erklärt, er könne es vor Schmerzen nicht aushalten, er verlange, daß die Zähne gezogen würden und habe auch noch bemerkt, es wäre nicht so schlimm, wenn er seine Zähne los wäre, dann gäbe es neue. Wenn nun auch nicht daran zu zweifeln sei, daß es dem

Angeklagten durch längeres und eindringliches Zureden gelungen sein würde, den Nebenkläger von dessen Verlangen abzubringen — wie es auch später einem von demselben zugezogenen Zahnarzt in bezug auf das Verlangen des Ausziehens von noch mehr Zähnen gelungen sei —, so sei doch dem Angeklagten nicht widerlegt, daß er des Glaubens gewesen sei, der Nebenkläger handele nicht lediglich unter dem Eindruck seiner starken Schmerzen und werde auch bei längerem Zureden auf seinem Verlangen bestehen. Auch sei der Nebenkläger berechtigt gewesen, in der geschehenen Weise über seine körperliche Unversehrtheit zu verfügen. Ein solche Verfügung sei insoweit möglich, als nicht durch sie die Aufhebung oder dauernde und erhebliche Schmälerung der Tauglichkeit des einzelnen zur Erfüllung seiner Bürgerpflichten und staatsbürgerlichen Pflichten herbeigeführt werde und damit die öffentlichen Interessen berührt würden, wobei auch zu berücksichtigen sei, ob und inwieweit es nach dem jeweiligen Stande der Wissenschaft und Technik möglich sei, die körperliche Unversehrtheit durch künstliche Mittel wiederherzustellen. Die Grenzen dieser Verfügungsgewalt habe aber der Nebenkläger nicht überschritten, zumal die Zähne ersetzt werden könnten, ohne daß dann eine nennenswerte Schmälerung der körperlichen Fähigkeiten zurückbleibe. Unter diesen Umständen entfalle mit Rücksicht auf die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit des Handelns des Angeklagten, so daß eine strafbare Körperverletzung nicht vorliege.

Die Revision des Nebenklägers erscheint nicht begründert.

Äußerlich betrachtet, sind in dem Handeln des Angeklagten die sämtlichen Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung, und zwar nicht nur, wie der Eröffnungsbeschluß annimmt, einer fahrlässig begangenen, sondern eines Vergehens gegen § 223 StGB., gegeben. Das Handeln des Angeklagten stellt sich, wie näherer Ausführung nicht bedarf, als »körperliche Mißhandlung« dar, und es ist, da der Angeklagte auch wußte, daß sein Eingriff kein sachgemäßer war, in vollem Umfange vorsätzlich begangen. Wie indessen die objektive Rechtswidrigkeit (Wiederrechtlichkeit) des betreffenden Tuns (oder Unterlassens) notwendiges Erfordernis jeder strafbaren Handlung ist (vgl. Olshausens, Kommentar zum StGB., 9. Aufl., Note 1 zu Teil I, Abschnitt 4), so liegt auch eine strafbare Körperverletzung nicht vor, wenn dieselbe objektiv nicht rechtswidrig ist. Auch darf die Frage, ob die Einwilligung des Verletzten geeignet ist, die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung auszuschließen, nicht etwa schon deshalb verneint werden, weil die Einwilligung unter den Strafausschließungsgründen des vierten Abschnitts des allgemeinen Teils des StGB. nicht aufgeführt ist. Anerkanntermaßen gibt es außer diesen noch eine ganze Reihe anderer Gründe, welche die Strafe ausschließen, zum Beispiel die Ausübung einer Amts- oder Dienstbefugnis, sowie die nach § 127 Abs. 1 StPO. unter bestimmten Voraussetzungen jedermann zustehende Befugnis der vorläufigen Festnahme einer auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Person. Jedoch läßt sich die Richtigkeit des Satzes »volenti non fit injuria«, dessen Geltung gerade bei Körperverletzungen in Wissenschaft und Rechtsprechung äußerst bestritten ist (vgl. die eingehenden Nachweise bei Olshausen a. a. O., Note 9a zu § 223), für diese Delikte wenigstens im allgemeinen nicht anerkennen.

Zunächst sind nicht etwa im besonderen Teil des StGB. Bestimmungen enthalten, aus denen die allgemeine Geltung des Satzes für Körperverletzungen hergeleitet werden dürfte. Namentlich kann in dieser Richtung der von den Vertretern der gegenteiligen Meinung — unter anderen von Olshausen — in bezug genommenen Bestimmung des § 142 Bedeutung nicht beigelegt

werden, da es sich hier um eine lex specialis handelt, die schon wegen des von dem Gesetzgeber im staatlichen Interesse für nötig erachteten Mindeststrafmaßes von einem Jahr Gefängnis nicht nur für die Selbstverstümmlung eines Wehrpflichtigen, sondern auch für die auf dessen Verlangen durch einen anderen erfolgte Unbrauchbarmachung zur Erfüllung der Wehrpflicht auch dann erforderlich war, wenn der Gesetzgeber davon ausging, daß die Strafbarkeit einer Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten überhaupt nicht beseitigt werden könne. Ebensowenig ist die zum Beispiel von Binding, Handbuch I 722 ausgesprochene Meinung für zutreffend zu erachten, daß die allgemeine Geltung des Satzes »volenti non fit injuria« für Körperverletzungen aus der Bestimmung des § 216 gefolgert werden müsse. Allerdings führt, im Hinblick auf diese Bestimmung, die Nichtanerkennung des Satzes im allgemeinen zu dem gewiß nicht befriedigenden Ergebnis, daß derjenige, der einen anderen auf dessen Verlangen tötet, nur mit Gefängnis von 3—5 Jahren bestraft wird, während das Verbrechen aus § 225 StGB., obwohl es sich dabei nur um eine Körperverletzung handelt, selbst bei Einwilligung des Verletzten unter allen Umständen mit Zuchthaus bestraft werden muß, und zwar bis zu 10 Jahren. Aus derartigen einzelnen Unstimmigkeiten, die sich bei der Vergleichung verschiedener Bestimmungen eines Gesetzes ergeben, kann aber noch nicht ein allgemeiner Rechtssatz hergeleitet werden. Dazu kommt vorliegend, daß sich die fragliche Bestimmung mindestens ebensogut für die hier vertretene Ansicht verwerten läßt. Wie in Entsch. d. RG. i. StS. 2 [442] (433) zutreffend ausgeführt wird (vgl. auch die entsprechenden Ausführungen unter anderem in der Monographie von Breithaupt, »volenti non fit injuria«, S. 66 ff.), spricht gerade die Tatsache, daß der Gesetzgeber die Einwilligung nur bei der Tötung berücksichtigt hat, dafür, »daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden sollte«. Bestimmungen außerhalb des StGB., aus denen der Ausschluß der Rechtswidrigkeit einer mit Einwilligung des Verletzten erfolgenden Körperverletzung herzuleiten wäre — wie solches zum Beispiel in bezug auf Körperverletzungen der Fall ist, die innerhalb der Grenzen eines staatlich anerkannten Züchtigungsrechts erfolgen —, bestehen gleichfalls nicht.

Somit würde die allgemeine Geltung des fraglichen Satzes auf dem Gebiete der Körperverletzungen nur dann anzuerkennen sein, wenn angenommen werden könnte, daß der Staat, indem er die Gesundheit seiner Einwohner unter strafrechtlichen Schutz stellt, das nur im Interesse des einzelnen selbst tut. Diese Annahme erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, da es nicht allein dafür an jedem Anhaltspunkte in den betreffenden Bestimmungen fehlt, sondern auch ein erhebliches Interesse des Staates selbst an der körperlichen Unversehrtheit seiner Bürger besteht. Mit Recht wird von Breithaupt a. a. O., S. 55 darauf hingewiesen, daß »ebensowenig, wie der Staat ganz ohne Bürger bestehen könne, seine Existenz möglich sei, wenn die Bürger zwar leben, aber zum Beispiel in verkrüppeltem, zeugungsunfähigem usw. Zustande«. Man denke auch an den Fall, daß der Verletzte der Ernährer seiner unbemittelten unmündigen Kinder war, die nun infolge der Verletzung dem Elend preisgegeben wären, wenn nicht der Staat bzw. die betreffende Gemeinde für sie eintreten müßte.

Außerdem würde, wenn man die Einwilligung des Verletzten allgemein als Strafausschließungsgrund anerkennen wollte, das zu einem Ergebnis führen, das in manchen Fällen geradezu, wie Kiehl in seinem in Goltdammers Archiv 54 357 ff. abgedruckten Aufsatze »die Einwilligung eines Minderjährigen nach geltendem Strafrecht« zutreffend sich ausdrückt, »allem

Rechtsgefühl Hohn sprechen würde«. In dieser Beziehung werden von Kiehl zum Beispiel der gewiß nicht fernliegende Fall erwähnt, daß einer den anderen auffordert, ihm eine Verletzung beizubringen, damit er sich ein Krankenattest verschaffen kann, und der gleichfalls mögliche Fall, daß die Verletzung, zu deren Beibringung aufgefordert wird, den Auffordernden zum Erwerbe untauglich machen soll, S. 374 bzw. S. 377.

Für die Richtigkeit der nach vorstehendem von dem erkennenden Senat vertretenen Ansicht spricht auch die Begründung zu dem im Jahre 1909 auf Anordnung des Reichsjustizamts veröffentlichten »Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche«, in der es, Bd. II, S. 650, heißt: »Der Entwurf geht, wie auch seine Stellungnahme zu der Tötung auf Verlangen ergibt« — die wie bisher bestraft werden soll, wenn auch mit einer geringeren Mindeststrafe, § 215 des Vorentwurfs und dessen Begründung, Bd. II, S. 643 — »grundsätzlich davon aus, daß die Rechtswidrigkeit einer körperverletzenden Handlung durch die Einwilligung des Verletzten nicht beseitigt wird«. Auch darf wohl angenommen werden, daß, wenn die Sachverständigenkommission, von welcher der Vorentwurf bearbeitet ist, der Meinung gewesen wäre, das geltende Strafgesetzbuch stehe auf einem anderen Standpunkt, solches irgendwie zum Ausdruck gelangt sein würde. Das ist aber nicht geschehen, weder an einer der bereits angeführten Stellen der Begründung noch auch bei der Darlegung Bd. I S. 251, daß und aus welchen Gründen die Einwilligung des Verletzten als allgemeiner Strafausschließungsgrund in das Gesetz nicht aufzunehmen sei.

Wenn aber hiernach auch davon auszugehen ist, daß im allgemeinen die Einwilligung des Verletzten die Bestrafung der Körperverletzung nicht ausschließt, so kann doch dieser Rechtsgrundsatz nicht unbedingte Geltung beanspruchen. Abgesehen von dem vorliegend nicht in Frage kommenden Fall, daß es sich um einen mit Einwilligung des Verletzten (bzw. seines gesetzlichen Vertreters) sachgemäß vorgenommenen ärztlichen Eingriff handelt — in welchem Fall auch seitens des Reichsgerichts trotz seines sonst in dieser Beziehung besonders strengen Standpunktes die Rechtswidrigkeit verneint wird; vgl. die Urteile in Entsch. i. StS. **25** 375 und **38** 34, sowie in GA. **54** 72 —, lassen sich eine ganze Reihe Fälle denken, in denen das Interesse eines anderen als des Verletzten an der Bestrafung des Täters nicht ersichtlich ist, und in denen daher die Einwilligung des Verletzten in keiner Weise in fremde Rechtsgüter eingegriffen wird und eine Bestrafung auch in keiner Weise dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen würde, zum Beispiel wenn jemand sich zur Betäubung anderweiter Schmerzen eine kräftige Ohrfeige geben oder sich (vgl. Kiehl a. a. O., S. 377) aus ästhetischen Gründen einen Zahn ziehen läßt. Es entfällt daher in solchen Fällen die Rechtswidrigkeit der Handlung.

Daß unter Umständen die Einwilligung des Verletzten geeignet ist, die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung zu beseitigen, wird auch von verschiedenen derjenigen Schriftsteller anerkannt, die grundsätzlich auf dem Standpunkt stehen, daß die Einwilligung bedeutungslos sei; vgl. die erwähnten Nachweise bei Olshausen. Es fragt sich nur, wie die Unterscheidung zu treffen ist. Von den in dieser Beziehung aufgestellten Ansichten hat nun diejenige viel für sich, die unter anderen von Frank in seinem Kommentar zum StGB., 8. bis 10. Aufl., S. 373, Note II 2 zum 17. Abschnitt des II. Teils in Verbindung mit S. 111, Note III zum 4. Abschnitt des I. Teils dahin vertreten wird, daß die Einwilligung bei den sogenannten leichten Körperverletzungen, soweit dieselben nur auf Antrag des Verletzten verfolgbar seien, die Rechtswidrigkeit beseitige, während sie im

übrigen unwirksam sei. Für die Richtigkeit dieser Ansicht könnte in erheblichem Maße die Erwägung sprechen, daß eine solche Körperverletzung, weil ihre Verfolgung selbst in dem Falle, daß sie ohne das Einverständnis des Verletzten begangen ist, von dessen Willen abhängig sein soll, um so weniger der strafrechtlichen Ahndung unterliege, wenn sich der Verletzte bereits vorher mit ihr einverstanden erklärt hatte. Auch würde, wenn die Ansicht für zutreffend zu erachten wäre, das den Vorzug haben, daß regelmäßig von vornherein feststände, ob eine mit Einwilligung des Verletzten begangene Körperverletzung zu verfolgen sei oder nicht. Der Senat ist jedoch nicht ohne Bedenken, sich der Ansicht anzuschließen, da einerseits unter den Begriff der nur auf Antrag verfolgbaren, sogenannten leichten Körperverletzungen auch solche fallen können, deren Nichtbestrafung wegen der Schwere der Tat oder der verwerflichen Zwecke, denen sie dienen sollen, gegen das allgemeine Rechtsgefühl verstoßen würde — wie solches auch durch die Bestimmung des § 416 StPO. anerkannt ist —, während anderseits nicht selten Fälle von Körperverletzungen, die sich an sich als sogenannte gefährliche im Sinne des § 223a StGB. darstellen, also ohne Antrag des Verletzten verfolgbar sind, doch so liegen, daß man sagen könnte, ein anderes Interesse an ihrer Bestrafung als dasjenige des Verletzten komme nicht in Betracht.

Der Senat entscheidet sich dahin, daß die fragliche Unterscheidung überhaupt nicht nach bestimmten äußeren Merkmalen getroffen, sondern daß die Frage, ob eine mit Einwilligung des Verletzten begangene Körperverletzung rechtswidrig ist oder nicht, nur von Fall zu Fall entschieden werden kann. Dabei ist dann der einzelne Fall, entsprechend der obigen Erörterungen, lediglich daraufhin zu prüfen, ob er von dem Grundsatze, daß im allgemeinen die Einwilligung des Verletzten als bedeutungslos angesehen werden muß, ausnahmsweise eine Abweichung deshalb gestattet, weil durch die betreffende Körperverletzung das öffentliche Interesse in keiner Weise berührt wird.

Vorliegend ist in dem angefochtenen Urteil eine ordnungsmäßige Einwilligung des Verletzten, des Arbeiters D., wenigstens in dem Sinne, daß der Angeklagte dessen diesbezügliche Erklärung für wohlüberlegt und unabänderlich halten durfte, ohne daß ihn insoweit irgendwie der Vorwurf der Fahrlässigkeit traf, einwandfrei festgestellt. Auch sind nach Vorstehendem die Erwägungen, aus denen der Vorderrichter mit Rücksicht auf diese Einwilligung dazu gekommen ist, die Rechtswidrigkeit der Handlung des Angeklagten zu verneinen, rechtlich zutreffend. Ob der Fall aber tatsächlich so lag, daß die Rechtswidrigkeif von dem Vorderrichter verneint werden konnte, entzieht sich gemäß § 376 StPO. der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Deshalb sind auch die betreffenden Angriffe der Revision unbeachtlich, von der insbesondere auszuführen gesucht wird, daß der Verletzte arm und nicht imstande sei, die Kosten eines künstlichen Gebisses aufzubringen, so daß bei ihm durch den Verlust der Zähne und der Kaufähigkeit voraussichtlich Magenerkrankungen oder doch mindestens Ernährungsstörungen eintreten würden, infolgedessen aber die Ortskrankenkasse, bei der er versichert sei, belastet werden und im Falle seiner etwaigen Erkrankung seine Familie der öffentlichen Armenpflege zur Last fallen würde. Wenn damit im Zusammenhange von der Revision noch gerügt wird, daß der Vorderrichter die konkrete Sachlage nicht genügend erörtert und festgestellt habe, so erweist sich diese Rüge, weil auf prozessualem Gebiete liegend, im Hinblick auf die Bestimmung des § 380 StPO. gleichfalls als unbeachtlich.

Hieinach war die Freisprechung des Angeklagten schon deshalb zu bestätigen, weil von dem Vorderrichter ohne Rechtsirrtum angenommen ist, daß die unter Anklage stehende Handlung objektiv nicht rechtswidrig war. Es bedarf daher der Erörterung nicht, wie die Sachlage beurteilt werden müßte, wenn zwar die Rechtswidrigkeit an sich vorgelegen hätte, jedoch der Angeklagte sich dessen, mit Rücksicht auf die erteilte Einwilligung, etwa nicht bewußt gewesen sein sollte.

Zur Anwendung des § 228 BGB. bei einer Anklage aus § 303 StGB. wegen Tötung umherjagender Hunde.

Urteil des StS. v. 10. Juli 1913. S. 88/13.

Gründe: Die Revision des wegen Vergehens gegen § 303 StGB. verurteilten Angeklagten konnte keinen Erfolg haben. . . .

In der Sache selbst läßt das angefochtene Urteil gleichfalls einen Rechtsirrtum zum Nachteil des Angeklagten nicht erkennen. Einmal ist von dem Vorderrichter zutreffend dargelegt, daß der Angeklagte, obwohl der von ihm getötete Hund in dem, seinem Jagdschutz anvertrauten Revier »umhergejagt« habe, zu der Tötung auf Grund der — durch Art. 69 EG. z. BGB. — aufrechterhaltenen Vorschriften der Hannoverschen Jagdordnung vom 11. März 1859 mangels der Voraussetzung des § 33 Abs. 2 Satz 1 daselbst, daß die Jagd »geschlossen« gewesen sei, keine Befugnis gehabt habe. Es ist aber auch die, von der Revision besonders angegriffene Annahme des Vorderrichters nicht zu beanstanden, daß die Berufung des Angeklagten auf die Bestimmung des § 228 BGB. — die an sich neben jenen Vorschriften Anwendung findet; vgl. das Urteil des erkennenden Senats vom 30. April 1906, Goltdammer's Archiv 58 473 — im vorliegenden Falle keinen Erfolg haben könne. Allerdings wird von der Revision zutreffend darauf hingewiesen, daß — wie solches auch der erkennende Senat in entsprechenden Fällen schon mehrfach ausgesprochen hat, zum Beispiel in seinem Urteil vom 22. Juni 1909 S. 56/09 — für den Jagdherrn des Angeklagten, einen »anderen« im Sinne des § 228 BGB., eine »drohende Gefahr« nicht nur dann vorhanden gewesen sei, wenn der Hund zur fraglichen Zeit gerade einem bestimmten Stück Wild nachjagte, sondern auch schon dann, wenn durch das Umherjagen des Hundes überhaupt das Wild in dem betreffenden Revier beunruhigt wurde, so daß die Gefahr bestand, das Wild könne infolgedessen das Revier verlassen, und damit die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Aneignungsrechts des Jagdherrn im allgemeinen gegeben war. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils lassen indessen erkennen, daß der Vorderrichter auch von dem zweiten Gesichtspunkt aus geprüft hat, ob dem Angeklagten der Schutz des § 228 BGB. zur Seite stand. Es wird in dem Urteil nicht nur bemerkt, daß der Hund, als er erschossen wurde, ein Stück Wild nicht vor sich hatte, sondern auch die eigene Angabe des Angeklagten hervorgehoben, nach welcher das Revier infolge des früheren häufigen Jagens von Hunden bereits völlig wildrein gewesen ist, und es wird ferner die Annahme, daß eine die Anwendung des § 228 BGB. rechtfertigende drohende Gefahr für den Jagdherrn nicht vorgelegen habe, ausdrücklich auch damit begründet, daß das Revier nur wenig Wild enthalte. Die letztere Ausführung kann, wenn nicht damit schon hat verneint werden sollen, daß überhaupt eine Beeinträchtigung des Aneignungsrechts im allgemeinen habe in Frage kommen können, eventuell nur dahin verstanden werden, daß nach der Ansicht des Vorderrichters eine insoweit etwa drohende Gefahr gegenüber

dem von dem Angeklagten durch die Tötung des Hundes angerichteten Schaden unverhältnismäßig geringfügig gewesen sei, so daß auch aus diesem Grunde die Anwendung des § 228 BGB. ausgeschlossen gewesen sein würde. Hiernach sind die Erwägungen des Vorderrichters, auf denen die Nichtanwendung jener Bestimmung beruht, rechtlich in keiner Weise zu beanstanden. Ob sie auch tatsächlich gerechtfertigt waren, unterliegt gemäß § 376 StPO. nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts.

StGB. § 367 Nr. 3. Tamarindensaft ist kein Obstsaft im Sinne des Verzeichnisses A Nr. 5 der Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 und daher als »Heilmittel« nicht frei verkäuflich.

Urteil des StS. vom 13. Oktober 1913. S. 124/13.

Gründe: Die Revision erscheint nicht begründet, da die Verurteilung des Angeklagten wegen Übertretung des § 367 Nr. 3 StGB. in Verbindung mit der Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt.

Was insbesondere die Annahme des Vorderrichters betrifft, daß der Tamarindensaft, der, mit Zucker eingekocht, von dem Angeklagten als Heilmittel feilgehalten und verkauft ist, nicht als »Obstsaft« im Sinne des Verzeichnisses A Nr. 5 der genannten Verordnung anzusehen sei, so könnte es sich, wenn dem gegenüber die Revision rügt, daß der Begriff des Obstsaftes verkannt sei, zunächst fragen, ob dieser Angriff etwa nur auf tatsächlichem Gebiet liegt und deshalb gemäß § 376 StPO. für das Revisionsgericht überhaupt nicht beachtlich sein würde. Die Frage ist aber zu verneinen. Zwar ist Obstsaft an sich kein Rechtsbegriff. Er stellt sich jedoch als solcher, soweit es sich um die Kaiserliche Verordnung und die in Rede stehende Strafbestimmung handelt, zu deren Ergänzung jene dient, mit Rücksicht auf seine Aufnahme in die Anlage der Verordnung und den Zusammenhang dar, in welcher er dort zu der Verordnung selbst und damit auch zu der Strafbestimmung gebracht ist.

Indessen geht der Vorderrichter rechtlich zutreffend davon aus, daß es für die Frage, was als Obst und demnach als Obstsaft anzusehen sei, darauf ankomme, was nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter Obst verstanden werde, und daß dieser darunter »fleischige, saftige Früchte« verstehe, »die auch von gesunden Menschen genossen werden«. Wenn in ersterer Beziehung die Revision anzunehmen scheint, daß jedenfalls das Verzeichnis A der Kaiserlichen Verordnung a. a. O. nicht nur Saft von Obst im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs, sondern Saft von Früchten überhaupt im Auge habe, so findet diese Ansicht in dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung des Verzeichnisses nicht nur keine Stütze, sondern wird durch denselben geradezu widerlegt. Da hier u. a. von solchen Obstsäften die Rede ist, die mit Fruchtsäuren eingekocht werden, so kann doch mit Obst nicht das gleiche wie mit Frucht gemeint sein. Für diese Auslegung der jetzt maßgebenden Verordnung vom 22. Oktober 1901 spricht auch die Erwägung, daß es in dem Verzeichnis A der früheren Kaiserlichen Verordnung vom 27. Januar 1890 an der entsprechenden Stelle »Fruchtsäfte« statt »Obstsäfte« hieß und nicht angenommen werden kann, daß die Änderung ohne jeden Grund erfolgt ist, ein anderer Grund aber als derjenige, daß man mit den beiden Worten eine verschiedene Bedeutung verband, nicht ersichtlich ist.

Ebensowenig ist der Ansicht der Revision beizutreten, daß es, um etwas als Obst bezeichnen zu können, auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch

genüge, wenn die betreffende Frucht zwar nicht in Deutschland, jedoch in ihrem außerdeutschen Heimatlande in der oben bezeichneten Art Verwendung finde, also eine Frucht sei, die auch von gesunden Menschen genossen werde. Die Kaiserliche Verordnung ist nur oder doch in erster Linie für Deutschland erlassen, so daß es nur darauf ankommt, was hier unter Obst verstanden wird, während es gleichgültig erscheint, ob es irgendwo auf der Erde einen Ort gibt, an welchem dem Worte eine andere Bedeutung beigelegt wird, und zwar selbst dann, wenn dieser Ort in einem deutschen Schutzgebiete liegen sollte. Abgesehen davon, daß nach § 3 des Schutzgebietsgesetzes vom 10. September 1900 in Verbindung mit § 20 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 »die dem Strafrecht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze« in den Schutzgebieten keine Anwendung finden, »soweit sie Einrichtungen und Verhältnisse voraussetzen, an denen es für das Schutzgebiet fehlt«, es also aus diesem Grunde zweifelhaft erscheint, ob die Kaiserliche Verordnung überhaupt in irgend einem Schutzgebiet Anwendung findet, kann jedenfalls für deren Anwendung in Deutschland nur der dortige Sprachgebrauch maßgebend sein. Daß aber in Deutschland der Begriff des Obstes allgemein so aufgefaßt wird, wie ihn das Landgericht auffaßt, will offenbar auch die Revision nicht in Abrede nehmen. Daher und da die Tamarinde zu Obst in diesem Sinne, wie der Vorderrichter einwandfrei dargelegt hat, nicht gehört, ist der von dem Angeklagten feilgehaltene und verkaufte Tamarindensaft in dem angefochtenen Urteil mit Recht nicht als frei verkäuflich angesehen.

Mit der in vorstehendem vertretenen Ansicht stimmt auch ein Gutachten überein, daß in der Strafsache 5a E 318/08 des AG Potsdam von der Wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen in Berlin am 30. Juni 1909 erstattet ist (Nr. 14 C), und das dem in der Sache ergangenen Urteil des Kammergerichts vom 21. Oktober 1909 (1 S. 809 09) zugrunde liegt. In diesem Gutachten heißt es nämlich: »Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter Obstsaft den durch Auspressen gewonnenen Sukkus von saftigen Früchten, die auch von gesunden Menschen genossen werden. Das ist bei Tamarinden gar nicht oder doch sicher nur ganz ausnahmsweise der Fall.« Demgegenüber können auch die abweichenden Ausführungen in dem mit der vorliegenden Revision überreichten Gutachten und Urteilen nicht zu einer anderen Ansicht führen. Dieselben laufen überdies, soweit sie überhaupt eine nähere Begründung geben, im wesentlichen auf den schon oben als unerheblich bezeichneten Umstand hinaus, daß die Tamarindenfrüchte in ihren Heimatländern als Obst angesehen würden.

Unter den Begriff des »Gewerbes« im Sinne des § 22 der Maß- und Gewichtsordnung vom 30 Mai 1908 fällt auch die Landwirtschaft.

Urteil des StS. v. 17. November 1913. S. 139/13.

Gründe: Die Revision muß für begründet erachtet werden.

Allerdings ist die erste Voraussetzung für die auf Grund des § 22 der Maß- und Gewichtsordnung vom 30. Mai 1908 erfolgte Verurteilung des Angeklagten, eines Landwirts, daß er »in Ausübung eines Gewerbes« der Vorschrift des § 6 a. a. O. zuwidergehandelt hat, gegeben. Die Annahme, daß auch Landwirte bei Weiterveräußerung der von ihnen gewonnenen Produkte in Ausübung eines Gewerbes im Sinne des § 22 handeln können, ist nicht zu beanstanden. Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 14. Dezember 1909, S. 28/09, entgegen der damals wohl herrschenden Meinung — zu vgl. insbesondere die in Stengleins Kommentar zu den



strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 4. Aufl., Bd. I S. 1010, Note 3 angeführten, das frühere Recht betreffenden Entscheidungen — den Standpunkt vertreten, daß Landwirte nicht als Gewerbetreibende im Sinne des § 369 Z. 2 StGB. angesehen werden könnten. Diese Bestimmung ist jetzt aber durch den § 22 der Maß- und Gewichtsordnung ersetzt, und die Entstehungsgeschichte des letzteren Gesetzes läßt klar erkennen, daß man hier den Ausdruck »Gewerbe« nicht im Sinne eines der Gewerbeordnung unterliegenden Gewerbes verstand, sondern damit allgemein jede auf fortgesetzten Erwerb gerichtete Tätigkeit umfassen wollte. Das besagt ausdrücklich die Begründung zu § 20 des in der 11. Legislaturperiode des Reichstags eingebrachten Entwurfs, die gerade auch die Landwirtschaft noch mit anführte. Das ergeben ganz klar auch die Erörterungen in der Kommission. Und diese ganzen Materialien sind in der 12. Legislaturperiode wieder an den Reichstag gebracht, nachdem in der vorhergehenden eine Verabschiedung des Gesetzes nicht erfolgt war. Wegen der eingehenden Beratung in der früheren Kommission hat dann eine nochmalige Beratung in einer Kommission nicht stattgefunden, sondern man hat auf das frühere Material Bezug genommen (vgl. dazu Drucksachen des Reichstags 12. Legislaturperiode, I. Session 1907, Nr. 537, S. 28, 41, 57, 58, 65, 66).

Hiernach liegen keine Bedenken gegen das angefochtene Urteil vor, wenn es annimmt, daß der Angeklagte in Ausübung eines Gewerbes gehandelt hat. . . . .

Über einen Antrag gemäß § 219 Abs. 3 StPO. kann nur von dem erkennenden Gericht befunden werden[1]).

Beschluß des StS. vom 11. November 1912. W. 453/12.

Gründe: Der mit der vorliegenden Beschwerde weiter verfolgte Antrag der Angeklagten aus § 219 Abs. 3 StPO. mußte schon deshalb abgelehnt werden, weil er gesetzlich nicht statthaft war. Er ist erst nach der Hauptverhandlung gestellt, während darüber von dem erkennenden Gericht befunden werden muß. Das folgt aus Wortlaut und Sinn der fraglichen Bestimmung.

»Ergibt sich in der Hauptverhandlung«, daß die Vernehmung zur Aufklärung der Sache dienlich war, so ist auf Antrag die Anordnung zu treffen. Aus der Verhandlung heraus soll also die Anschauung gewonnen werden, folglich müssen eben die und alle die Richter entscheiden, welche bei der Verhandlung mitwirkten; es ist auch naturgemäß, daß allein sie über die aus den Akten nur unvollkommen zu entscheidende Frage ein maßgebendes Urteil haben.

Ferner ist Gegenstand der Anordnung die Gewährung der Entschädigung an den Geladenen. Auch das spricht für die dargelegte Auffassung.

Ob eine Erstattung gezahlter Beträge an den Angeklagten, wie sie mit der erbetenen »Übernahme« der Kosten auf die Staatskasse anscheinend begehrt wird, als im Gesetze vorgesehen und nach dem Zweck der Vorschrift anzusehen ist (vgl. Löwes Kommentar, 12. Auflage zu § 219 StPO., Noten 11 und 13), kann hiernach dahingestellt bleiben.

---

[1]) Anmerkung des Einsenders: Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, Löwes Kommentar zur StPO. in dessen 13. Aufl., Note 17 zu § 219.

StPO. § 360 Abs. 2. Die hier vorgesehene Entscheidung des Berufungsgerichts unterliegt im Falle der Bestätigung des die Berufung als unzulässig verwerfenden erstinstanzlichen Beschlusses der weiteren Anfechtung mittels Beschwerde.

Beschlüsse des StS. vom 14. und 25. November 1912 W. 466/12 und 480/12.

(Bemerkung des Einsenders: Die Begründung der Beschlüsse deckt sich im wesentlichen mit den Ausführungen in Löwe's Kommentar zur StPO., 12. Auflage, Note 3 zu § 360. Übrigens wird jetzt von diesem Komentar in dessen 13. Auflage die entgegengesetzte Auffassung vertreten. Auch in dem, mit dem § 360 der geltenden StPO. im allgemeinen übereinstimmenden § 320 der dem Reichstag im Jahre 1909 vorgelegten und nicht zur Verabschiedung gelangten Entwürfe einer StPO. war bestimmt, daß gegen den die Berufung als unzulässig verwerfenden erstinstanzlichen Beschluß die »sofortige Beschwerde« zulässig sein solle, und es war zur Begründung dieser Abweichung von der bisherigen Fassung in den Motiven bemerkt, daß damit die Beseitigung der durch die bisherige Fassung entstandenen Zweifel bezweckt werde.

Die in Rede stehende Frage ist allerdings nach geltendem Recht äußerst zweifelhaft. Zweifelhaft erscheint aber zurzeit auch die Frage — die in den mitgeteilten beiden Beschlüssen ausdrücklich unentschieden gelassen ist, weil in beiden Fällen die Frist des § 353 Abs. 2 StPO gewahrt war —, ob, wenn auch eine weitere Anfechtung der betreffenden Entscheidung des Berufungsgerichts für statthaft erachtet wird, doch nur die sofortige Beschwerde gegeben ist. Diese Frage würde ohne weiteres zu bejahen sein, wenn, wie es zum Beispiel bei Löwe a. a. O., 12. Auflage, Note 6 zu § 360, und in Stengleins Kommentar zur StPO, Note 4 zu § 350 geschieht, die Statthaftigkeit aus der Bestimmung des § 363 Abs. 2 StPO. hergeleitet wird. Auch würde die Verneinung der Frage zu dem gewiß höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, daß für den Fall, daß bereits zwei Gerichte entschieden haben, eine zeitlich unbeschränkte Anfechtung der Entscheidung des Berufungsgerichts zulässig wäre, während beim Vorliegen einer Entscheidung nur des letzteren die Anfechtung an eine kurze Frist gebunden ist. Andererseits könnte jedoch erwogen werden, ob nicht, wenn der Antrag auf Entscheidung des Berufungsgerichts gemäß § 360 nicht als Beschwerde anzusehen ist — so auch ausdrücklich a. a. O. Löwe in der früheren Auflage, Note 3 und Stenglein Note 2 — die Anfechtbarkeit einer solchen Entscheidung schon aus § 346 StPO. zu folgern wäre, so daß es für die Annahme der Anfechtbarkeit an sich der Heranziehung des § 363 gar nicht bedürfte. Dann aber wäre es vielleicht nicht nur folgerichtig, von einer Heranziehung des § 363 überhaupt abzusehen, sondern auch nicht ganz unbedenklich, das durch § 346 zunächst gegebene Recht zur Anfechtung mittels fristloser Beschwerde durch eine, doch nur im Wege der Analogie mögliche Anwendung jener Bestimmung wieder einzuschränken.)

---

1. GO. §§ 124 b, 150 Abs. 1 Ziffer 4 a. Auch derjenige Lehrherr, dem die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen fehlt, ist, wenn er trotzdem einen solchen anleitet, zur ordnungsmäßigen Abschließung eines Lehrvertrages verpflichtet.

2. Ein Lehrvertrag ist nicht schon dann ordnungsmäßig abgeschlossen,



wenn er schriftlich errichtet ist, sondern er muß auch den sonstigen Erfordernissen des § 126 b a. a. O. entsprechen.

3. Die Übertretung des § 150 Abs. 1 Ziff. 4 a a a. O. ist ein Dauerdelikt.

Urteil des StS. vom 28. November 1912. S. 144/12.

Gründe: Das Landgericht hat in Übereinstimmung mit dem Schöffengericht folgenden Sachverhalt für erwiesen erachtet: Die beiden Angeklagten, die auf gemeinsame Rechnung das Fleischerhandwerk und den Viehhandel betreiben, haben am 1. April 1910 den Zeugen H zur Erlernung von Handwerk und Handel als Lehrling angenommen und als solchen bis zum 1. April 1912 angeleitet, obwohl sie bis zum 12. Februar 1912 die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen gemäß § 129 GO. nicht hatten, diese Befugnis ihnen vielmehr erst am letzteren Tage seitens der zuständigen Verwaltungsbehörde verliehen ist. Ferner haben die Angeklagten mit dem Vormunde des genannten, minderjährigen, Lehrlings am 1. April 1910 einen schriftlichen Lehrvertrag abgeschlossen, der in verschiedenen, von den Vorderrichtern im einzelnen angegebenen Richtungen den Erfordernissen des § 126 b GO. nicht entsprochen haben soll und erst im Jahre 1912 durch einen ordnungsmäßigen schriftlichen Lehrvertrag ersetzt ist.

Auf Grund dieses Sachverhalts ist jeder der Angeklagten wegen zweier, und zwar durch zwei selbständige Handlungen begangenen Übertretungen der GO., nämlich des § 148 Ziffer 9 b und des § 150 Ziffer 4 a daselbst von den beiben Vorinstanzen verurteilt.

Die form- und fristgerecht angebrachten Revisionen, mit denen die Angeklagten ihre Verurteilung in vollem Umfange anfechten, konnte einen Erfolg nicht haben, und zwar, was die Verurteilung wegen Übertretung der §§ 129, 148 Ziffer 9 b GO. betrifft, schon deshalb nicht, weil sie in unzulässiger Weise begründet sind ....

Soweit es sich um die Verurteilung wegen Übertretung der §§ 126 b, 150 Ziffer 4 a GO. handelt, erweisen sich die Revisionen als unbegründet.

Was zunächst die Ausführungen der Revisionen selbst betrifft ....

Auch einen sonstigen Rechtsirrtum zum Nachteil der Angeklagten läßt das angefochtenene Urteil, das hinsichtlich der Verurteilung wegen Übertretung der §§ 126 b 150 Ziffer 4 a GO. mit Rücksicht auf die erhobene materielle Rüge in vollem Umfange nachzuprüfen war, nicht erkennen. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, daß die Angeklagten wegen nicht ordnungsmäßigen Abschlusses eines schriftlichen Lehrvertrages verurteilt sind, obwohl sie zur Anleitung von Lehrlingen gemäß § 129 GO. gar nicht befugt waren. Allerdings ist in dieser Beziehung der Umstand, daß sie den H. nicht nur für das Fleischerhandwerk, sondern auch für den Viehhandel als Lehrling angenommen haben, ohne Bedeutung. Wenn auch der § 129 GO. sich nur auf das Handwerk bezieht, während das Gesetz für die übrigen unter das Geltungsgebiet der GO. fallenden Gewerbe, also auch für den Viehhandel eine besondere Befähigung zur Anleitung von Lehrlingen nicht verlangt, so gilt doch gemäß § 154 Abs. 1 Ziffer 2 GO. auch die Bestimmung des § 126 b daselbst nicht für den Viehhandel, so daß wegen der Annahme des H. als Lehrling für diesen Handel der schriftliche Abschluß eines Lehrvertrages überhaupt nicht erforderlich war. Indessen ist folgendes zu erwägen:

Wenn die Vereinbarung des fraglichen Lehrverhältnisses mit Rücksicht auf den Mangel der Befugnis der Angeklagten zur Anleitung von Lehrlingen im Fleischerhandwerk etwa gemäß § 134 BGB. als nichtig anzusehen sein sollte, so könnte daraus an sich wohl die weitere Folgerung gezogen werden, daß bei einer solchen Sachlage das Gebot der schriftlichen Ab-

fassung des Lehrvertrages in Wegfall komme, indem davon auszugehen wäre, daß der Gesetzgeber die Beurkundung eines doch nichtigen Rechtsgeschäfts nicht gewollt haben könne. Nun ist aber schon die Frage, ob wegen jenes Mangels die Nichtigkeit der Vereinbarung selbst ohne weiteres anzunehmen ist, keineswegs unzweifelhaft (vgl. zwar einerseits v. Landmans Kommentar zur GO., 5. Auflage, Note 10 zu § 120 in Verbindung mit Note 2 zu §§ 127f, wo gerade für einen Fall, wie den hier in Frage stehenden, und Entsch. d. RG. i ZS. 66 42 (45), wo für den ähnlichen Fall des § 135 GO. die getroffene Vereinbarung als nichtig bezeichnet wird, andererseits aber die Kommentare von Staub zum HGB., 9. Aufl., Note I 1 zu § 81 und von Staudinger zum BGB., 5./6. Aufl., Note 5c zu § 134, welche die Ansicht vertreten, daß trotz der Vorschrift des § 81 HGB., nach welcher nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindliche Personen Handlungslehrlinge nicht halten oder anlernen dürfen, die betreffenden Lehrverträge nicht nichtig sind). Jedenfalls kam, selbst wenn die Vereinbarung des Lehrverhältnisses seitens der Angeklagten nichtig gewesen sein sollte, damit für sie das Gebot der schriftlichen Abfassung des Lehrvertrages noch nicht in Wegfall, und zwar deshalb nicht, weil sich insoweit aus dem »Gesetze«, d. h. hier der Gewerbeordnung, deren Bestimmungen dabei in ihrem Zusammenhange und nach ihrer Entstehungsgeschichte zu würdigen sind — Staudinger a. a. O. 4 — »ein anderes ergibt« (BGB. § 134 a. E.).

Einmal wird schon in der Begründung der zu der GO. ergangenen Novelle vom 26. Juli 1897 (RGBl. S. 66.), durch welche der § 126b eingefügt ist, zu dieser Bestimmung, § 126c des Entwurfs, ausdrücklich bemerkt, daß die Schriftlichkeit des Lehrvertrages nicht nur »für die Klarstellung der Rechtsverhältnisse zwischen Lehrherrn und Lehrling bei Streitigkeiten von wesentlicher Bedeutung sei«, sondern auch »für eine wirksame Kontrolle des Lehrlingswesens eine erwünschte Handhabe biete« (Stenographische Berichte der Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895 97, Anlagenband 6, Aktenstück Nr. 713 S. 3800), und dieser Gedanke hat auch in dem Gesetze selbst dadurch Ausdruck gefunden, daß nach Abs. 2 Satz 2 des § 126b »der Lehrherr verpflichtet ist, der Ortspolizeibehörde auf Erfordern den Lehrvertrag einzureichen«. Eine genügende Kontrolle des Lehrlingswesens würde sich aber nicht ausüben lassen, wenn die wohl nicht selten zweifelhafte Frage, ob ein Lehrverhältnis gültig vereinbart werden kann oder nicht, lediglich der Beurteilung der beteiligten Privatpersonen überlassen bliebe. Es kann daher, wie sich aus dem »Gesetze« ergibt, schon im öffentlichen Interesse von einer schriftlichen Abschließung des Lehrvertrags auch in einem Falle wie dem vorliegenden nicht abgesehen werden.

Außerdem kommt in Betracht, daß nach § 127f. GO. vom Lehrherrn oder Lehrling, falls das Lehrverhältnis vor Ablauf der verabredeten Lehrzeit sein Ende erreicht, dieserhalb einen Entschädigungsanspruch nur geltend gemacht werden kann, »wenn der Lehrvertrag schriftlich abgeschlossen ist«. Bei der ganz unbeschränkten Fassung dieser Bestimmung ist dieselbe mit v. Landmann a. a. O., Noten 2 zu § 127f., 10 zu § 129 und 5 zu § 144a und mit v. Schicker, Kommentar zur GO., 4. Aufl., Noten 2 zu § 127f. und 7 zu § 144a auf alle Fälle zu beziehen, in denen eine Entschädigung wegen vorzeitiger Beendigung des Lehrverhältnisses überhaupt in Frage kommt, also auch auf den von jenen beiden Schriftstellern gleichfalls besonders hervorgehobenen Fall, daß der Lehrherr von vornherein zur Annahme eines Lehrlings gar nicht befugt war, so daß er, wenn er bei der

Vereinbarung des Lehrverhältnisses den Mangel seiner Befugnis kannte oder kennen mußte, dem betreffenden Lehrling gemäß § 309 BGB. zur Entschädigung verpflichtet ist. Wenn daher bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden das Gebot der schriftlichen Abschließung des Lehrvertrags nicht Platz zu greifen hätte, so würde das zu dem von dem Gesetzgeber gewiß nicht gewollten Ergebnis führen, daß in solchen Fällen dem Lehrling, der auf die Gültigkeit der Vereinbarung des Lehrverhältnisses vertraut, jeder Entschädigungsanspruch versagt bliebe.

Somit und da nach § 126b Abs. 1 GO. die schriftliche Abschließung des Lehrvertrags »binnen vier Wochen nach Beginn der Lehre« zu erfolgen hat, kommt es nur darauf an, daß, wie es vorliegend der Fall gewesen ist, das Lehrverhältnis, und zwar länger als vier Wochen, tatsächlich bestanden hat. Dementsprechend hat auch das Reichsgericht in dem oben erwähnten Urteil in Entsch. i. ZS. **66** 45, wenn es dort auch die betreffende, gegen § 135 GO. verstoßende Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses an sich als nichtig bezeichnet, doch dem Umstande, daß das Arbeitsverhältnis tatsächlich zustande gekommen war, besondere Bedeutung beigelegt.

Waren schon hiernach die Angeklagten verpflichtet, den Lehrvertrag mit dem Vormunde des H. schriftlich abzuschließen, so kann es dahingestellt bleiben, ob die Verpflichtung nicht auch deshalb bestand, weil die Angeklagten, wenn sie auch nicht befugt waren, Lehrlinge »anzuleiten«, das heißt zu beaufsichtigen und zu unterweisen, solche doch »halten«, das heißt annehmen und beschäftigen durften (vgl. wegen des Unterschiedes, den die GO. zwischen diesen beiden Begriffen macht, u. a. v. Landmann a. a. O. Note 2 zu § 126).

Bestand aber für die Angeklagten die Verpflichtung zur schriftlichen Abschließung des Lehrvertrages, so machten sie sich aus § 150 Ziff. 4a GO. nicht nur dann strafbar, wenn sie die schriftliche Abschließung überhaupt unterließen, sondern auch schon dann, wenn der schriftliche Vertrag nicht den sonstigen Erfordernissen des § 126b GO. entsprach. Ob der Vorderrichter in letzterer Beziehung mit Recht angenommen hat, daß der Vertrag auch deshalb gegen § 126b verstoße, weil er nicht gemäß § 1822 Ziff. 6 BGB. von dem Vormundschaftsgericht genehmigt sei, bedarf der Erörterung nicht. Auch wenn diese Frage mit Rücksicht darauf zu verneinen wäre, daß von einem solchen Erfordernis in § 126b GO. ausdrücklich jedenfalls nicht die Rede ist, so würde das doch unerheblich sein. Nach den in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen verstößt der Vertrag in zwei weiteren Richtungen jedenfalls gegen § 126b, und es ist nicht anzunehmen, daß der Vorderrichter, selbst wenn er nur dieserhalb auf Strafe zu erkennen gehabt hätte, auf eine noch niedrigere Strafe als die nur verhängte Geldstrafe von 2 Mark gegen jeden der Angeklagten erkannt haben würde.

Ferner ist die Rechtsauffassung des Vorderrichters zutreffend, daß die Übertretung des § 126b GO. ein Dauerdelikt sei. Das ist von dem erkennenden Senat bereits früher ausgesprochen — Goltdammers Archiv für Strafrecht **52** 105 — und wird auch in der Literatur angenommen; vgl. a. a. O. v. Landmann, Note 6a zu § 150, und v. Schicker, Note 2 zu § 126b[1]).

---

[1]) Anmerkung des Einsenders: Ebenso Lindenberg in Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 4. Aufl., Bd. III, S. 227 Note 8 zu § J26b und S. 301 Note 6 zu § 150 GO.



Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874. a) Beim Vorhandensein mehrerer verantwortlicher Redakteure für eine periodische Druckschrift genügt es zur Ausübung des Berichtigungszwanges, daß das Verlangen auf Aufnahme einer Berichtigung an die »Redaktion« gerichtet wird und von demselben der zuständige Redakteur nur Kenntnis erhält. b) Zur Aufnahme der Berichtigung ist nicht der Redakteur der Nummer der Druckschrift, in welcher die zu berichtigenden Tatsachen gestanden haben, sondern der Redakteur derjenigen Nummer verpflichtet, in welche die Berichtigung nach Abs. 2 des § 11 aufzunehmen ist.

Urteil des StS. v. 30. Januar 1913. S. 3/13.

Gründe: Die Revision des wegen Übertretung der §§ 19 Nr. 3, 11 des Reichspreßgesetzes vom 7. Mai 1874 in zwei Fällen verurteilten Angeklagten ist unbegründet.

Was zunächst die von der Revision angegriffene Feststellung des angefochtenen Urteils betrifft, daß die fraglichen beiden Berichtigungsanträge überhaupt in die Hände des Angeklagten gelangt seien, so handelt es sich insoweit um Erwägungen des Vorderrichters, die auf tatsächlichem Gebiete liegen, so daß ihre Richtigkeit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht gemäß § 376 StPO. entzogen ist. Die diesbezüglichen Ausführungen der Revision erweisen sich daher ohne weiteres als unbeachtlich.

Es ist aber auch der von der Revision ferner beanstandeten Rechtsauffassung des Vorderrichters beizutreten, daß es für die Ausübung des Berichtigungszwanges nicht erforderlich sei, im Falle des Vorhandenseins mehrerer verantwortlicher Redakteure für eine periodische Druckschrift das Verlangen auf Aufnahme der Berichtigung gerade bei dem zu der Aufnahme verpflichteten Redakteur anzubringen, sondern daß es genüge, wenn das Verlangen an die Redaktion gerichtet werde und von demselben der zuständige Redakteur nur Kenntnis erhalte. In dieser Beziehung ist namentlich auch zu erwägen, daß bei anderer Auffassung das Recht auf Berichtigung in vielen Fällen, in welchen dessen Voraussetzungen an sich gegeben wären, doch versagt werden müßte. Verpflichtet zur Aufnahme einer Berichtigung ist nicht der Redakteur der Nummer der periodischen Druckschrift, in welcher die zu berichtigenden Tatsachen gestanden haben, sondern der Redakteur derjenigen Nummer, in welche die Berichtigung nach Abs. 2 des § 11 RPrG. aufzunehmen ist; vgl. auch Entsch. d. RG. i. StrS. 21 23 (26). Wer diese Nummer redigieren wird, kann der Berechtigte bei Einsendung der Berichtigung ohne weiteres nicht wissen, so daß er sich nur an den auf der früheren Nummer benannten Redakteur wenden könnte, und der letztere würde, wenn inzwischen ein Wechsel in der Redaktionstätigkeit stattgefunden hat, nicht mehr zuständig sein. Die Ausübung des Rechts auf Berichtigung würde daher mehr oder weniger vom Zufall abhängen und könnte auch dadurch, daß etwa gerade mit Rücksicht auf einen eingegangenen Berichtigungsantrag die Redaktionsgeschäfte an einen anderen abgegeben werden, sogar willkürlich vereitelt werden.

Zum Begriffe des »Aufzuges« im Sinne des § 7 des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908. Als solcher kann auch die Wanderung eines Jugendbundes angesehen werden, und zwar selbst dann, wenn mit dem gemeinsamen Marschieren ein demonstrativer Zweck nicht verfolgt wird.

Urteil des StS. v. 27. Februar 1913. S. 19/13.

Gründe: Die Angehörigen des in H. unter Leitung des Angeklagten bestehenden sozialdemokratischen Jugendbundes waren eines Sonntags in



einer Gesamtzahl von etwa 1600 Personen mit verschiedenen Dampfern nach M. gefahren, von wo sie zunächst, nicht in geschlossenem Zuge, sondern in einzelne Gruppen aufgelöst, in die Umgegend zogen und sich hier in Wald und Heide zerstreuten, um später auf Anordnung des Angeklagten, der überhaupt der Leiter des ganzen Ausfluges war, an einer bestimmten Stelle im Freien zusammenzukommen und hier einer Aufführung der Rütli-Szene aus Schillers »Wilhelm Tell« durch H.er Schauspieler, die dazu vorher von dem Angeklagten bestellt waren, beizuwohnen. Nach Beendigung der Aufführung traten die 1600 Personen auf Anweisung des Angeklagten den Rückweg zu den Dampfern an, und zwar gingen sie, solange sie sich auf Wald- und Heidewegen befanden, zwang- und wahllos, während sie, nachdem sie die in ihrem weiteren Verlaufe zu den Dampfern führende Provinzialchaussee erreicht hatten, in geschlossenem Zuge auf der Fahrbahn derselben marschierten. Der Zug bewegte sich in vier Gruppen, von denen jede einem besonderen Dampfer zugeteilt war; in der vordersten Reihe jeder Gruppe, in der die Teilnehmer in Reihen zu fünf bis sechs Personen gingen, trug immer eine Person einen an einen Stock gebundenen farbigen Lappen, eine Art Fahne, um die Gruppe für die zu derselben gehörenden Personen kenntlich zu machen; die zu einer Gruppe gehörenden durften diese nicht verlassen. Alles dieses hatte wiederum der Angeklagte angeordnet, der sich auch, während sich der Zug auf der Chaussee fortbewegte, bei demselben befand, seine Anordnungen gab und in der Lage war, jeden Augenblick durch Wort und Tat einzugreifen. Eine polizeiliche Genehmigung war zu keinem Teil des Ausfluges eingeholt.

Auf Grund des vorstehenden Sachverhalts und der Erwägung, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im wesentlichen nur die Mitglieder des Jugendbundes der fraglichen Aufführung beigewohnt hätten und eine Teilnahme anderer Personen auch von vornherein nicht beabsichtigt gewesen sei, hat das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Schöffengericht den Angeklagten von der Anklage, entgegen der Vorschrift des § 7 Abs. 1 RVG., eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel veranstaltet und geleitet zu haben, freigesprochen. Dagegen hat es den Angeklagten, abweichend von dem Schöffengericht, das ihn auch von der diesbezüglichen Anklage freigesprochen hatte, gemäß §§ 7 Abs. 1, 19 Nr. 1 a. a. O. wegen Veranstaltung und Leitung eines nicht genehmigten Aufzuges verurteilt, indem dabei für erwiesen erachtet ist, daß die auf der Straße dahinziehende Menge von 1600 Personen geeignet gewesen sei, die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen und den öffentlichen Verkehr zu gefährden.

Die Revision des Angeklagten gegen seine Verurteilung kann nicht für begründet erachtet werden, da diese einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt.

Insbesondere hat der Vorderrichter nicht, wie die Revision auszuführen sucht, den Begriff des Aufzuges zum Nachteil des Angeklagten verkannt. Das RVG. enthält eine Bestimmung dieses Begriffs nicht. Es wird aber allgemein angenommen, daß nach dem RVG. unter einem Aufzuge nichts anderes zu verstehen ist, als was darunter bisher nach den betreffenden landesrechtlichen Bestimmungen, insbesondere denjenigen des Preußischen Vereinsgesetzes vom 11. März 1850 in Wissenschaft und Rechtsprechung verstanden wurde; vgl. u. a. Vossen, Reichsvereinigungsrecht, S. 229; v. Sartor, RVG., S. 106, Note 3 zu § 7; Entsch. d. RC. i. StS. **44** 370 (372) und Verfügung des Preußischen Ministers des Innern, betreffend die Ausführung des RVG., vom 13. Mai 1908, Ministerialblatt für die innere Verwaltung, S. 17 unter Nr. 11. Hiernach ist es zunächst zutreffend, wenn der Vorderrichter als »Aufzug« »eine zu einem bestimmten Zwecke vereinigte Menschen-

menge« bezeichnet, die sich in einer Weise in der Öffentlichkeit bewegt, daß sie »die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen geeignet ist«. Ob es, um einen Aufzug annehmen zu können, mit dem Vorderrichter außerdem noch für erforderlich zu erachten ist, daß die sich bewegende Menge »die öffentliche Ordnung, insbesondere den Verkehr zu gefährden geeignet ist« — abweichend Johows Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts **14** 352 — und die Menge »in geordnetem Zuge« sich bewegt — dagegen u. a. Lindenberg in Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 4. Aufl., S. 36 Note 6c zu § 7 VG. — bedarf vorliegend der Entscheidung nicht, da hier diese beiden Merkmale nach den in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen ohne weiteres gegeben sein würden.

Was die sonstigen Merkmale betrifft, die nach obigem jedenfalls zu dem Begriffe des Aufzugs gehören, so sind auch diese im übrigen, wie näherer Ausführung nicht bedarf, durchaus einwandfrei festgestellt, und es fragt sich nur, ob dem Vorderrichter auch darin beizutreten ist, daß sich die Menschenmenge auf ihrem Rückwege zu den Dampfern »zu einem bestimmten Zwecke« im Sinne der Begriffsbestimmung des Aufzuges vereinigt hatte. Diese Frage ist jedoch gleichfalls zu bejahen. Die Ansicht der Revision, daß von einem Aufzuge nur dann die Rede sein könne, wenn der Zweck der Vereinigung der Menschenmenge ein demonstrativer sei — was hier wenigstens nach dem von dem Vorderrichter für erwiesen erachteten Sachverhalt nicht zutreffen würde —, wird allerdings zum Beispiel von Heine in dessen Kommentar zum RVG., vgl. das Zitat bei Lindenberg a. a. O. Note 6a, und auch wohl von dem Oberlandesgericht Jena, vgl. dessen Urteil vom 23. November 1910 in Goltdammer's Archiv **59** 381 (383), geteilt. Die bei weitem überwiegende Auffassung in Wissenschaft und Rechtsprechung geht indessen mit Recht dahin, daß es auf die Art des Zweckes, der mit dem gemeinschaftlichen Gehen verfolgt wird, nicht ankommt, sondern daß es genügt, wenn sich damit überhaupt nur die Verfolgung irgend eines Zweckes verbindet; vgl. u. a. v. Sartor a. a. O., S. 109 Note 3; Müller-Schmid, RVG., S. 104, Note 5; Romen, RVG., 3. Aufl., S. 90 Note 3b (sämtlich zu § 7); Delius, Vereinsrecht und Versammlungsrecht, 4. Aufl., S. 444, Note 3 zu § 7 RVG. und das daselbst S. 442 angeführte Erkenntnis des Appellationsgerichts in Hamm vom 5. Dezember 1871; die Preußischen Strafgesetze von Groschuff usw., 2. Aufl., S. 70, Note 1 zu § 10 des Gesetzes vom 11. März 1850; Entscheidung des Preuß. OVG. vom 6. Februar 1903 im Verwaltungsblatt **25** 45 (46). Es erscheint daher nicht rechtsirrtümlich, wenn der Vorderrichter die fragliche Vereinigung schon deshalb, weil sie, wie er feststellt, erfolgt war, »um in gemeinschaftlichem Zuge den Dampferplatz in M. zu erreichen«, als einen Aufzug angesehen hat. Das gleiche ist auch bezüglich ähnlicher, aus entsprechendem Zwecke erfolgten Veranstaltungen, zum Beispiel bezüglich des gemeinsamen Marsches einer freiwilligen Feuerwehr zum und vom Übungsplatze sowie des Anmarsches eines Vereins zu einem Leichenbegängnis und des Rückmarsches von einem solchen bereits wiederholt höchstrichterlich angenommen; vgl. die in Goltdammer's Archiv **38** 368, Anm. 1 und **49** 344 abgedruckten Urteile des Oberlandesgerichts München vom 5. September 1884 bzw. des Kammergerichts vom 24. Februar 1902.

Wenn im übrigen die Revision noch meint, daß die Annahme eines Aufzuges vorliegend auch deshalb verfehlt sei, weil das gemeinsame Marschieren nur der besseren Ordnung halber stattgefunden und damit sowohl im Interesse des Verkehrs als auch im Interesse der Marschierenden gelegen

habe, so ist dieses neue tatsächliche Vorbringen schon mangels einer entsprechenden Feststellung in dem angefochtenen Urteil gemäß § 376 StPO. unbeachtlich und kann auch nicht etwa ohne weiteres als richtig unterstellt werden, da es ja auch nach der Ankunft mit den Dampfern in M. nicht für erforderlich erachtet war, die Teilnehmer des Ausflugs von dort geschlossen fortzuführen. Außerdem würde, selbst wenn jener Grund zum gemeinsamen Marschieren vorgelegen hätte, die Annahme des Vorderrichters nicht zu beanstanden sein; es handelte sich immer um eine zu einem bestimmten Zwecke vereinigte Menschenmenge, die, namentlich wegen der großen Anzahl der teilnehmenden Personen, als geeignet angesehen werden konnte, die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen und auch den Verkehr zu gefährden. Der Grund hätte nur der zuständigen Polizeibehörde besonderen Anlaß geben können, die etwa nachgesuchte Genehmigung zu der Veranstaltung des Aufzuges auch zu erteilen.

Mit Recht ist auch der vor dem Landgericht von dem Angeklagten unter Beweis gestellten Behauptung, es habe sich ein »Gebrauchs- und Gewohnheitsrecht« dahin gebildet, daß »im Anschluß an derartige Wanderungen eine polizeiliche Genehmigung für Aufführungen, Züge und Veranstaltungen nicht gefordert werde und erforderlich sei«, in dem angefochtenen Urteil jede Bedeutung abgesprochen. Dabei mag es dahingestellt bleiben, ob, wie der Vorderrichter an erster Stelle annimmt, ein derartiges Recht, selbst wenn es sich gebildet hätte, »neben der klaren Bestimmung des Gesetzes« unbeachtlich bleiben müßte; vgl. Olshausens Kommentar zum StGB., 9. Aufl., Note 5 zu § 2. Jedenfalls ist der weiteren Ansicht des Vorderrichters beizutreten, daß sich in der verhältnismäßig kurzen Zeit, während deren das RVG. erst in Kraft ist, ein abweichendes Gewohnheitsrecht, dessen Bildung, weil es sich um die A b ä n d e r u n g eines bestehenden Gesetzes handele, eine besonders lange Übung erfordern würde, noch nicht gebildet haben kann. Das Vorbringen des Angeklagten in der Revisionsinstanz, durch jene Beweise habe auch dargetan werden sollen, daß derartige Züge, wie der hier in Frage stehende, nicht geeignet seien, die öffentliche Aufmerksamkeit zu erregen, ist wiederum schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil aus dem angefochtenen Urteil nicht ersichtlich ist, daß eine solche Behauptung aufgestellt ist. Auch würde die Ablehnuug des betreffenden Beweisantrages sich eventuell als eine für das Revisionsgericht gemäß § 380 StPO. unbeachtliche Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten darstellen, und außerdem würde zu erwägen sein, daß für die Frage, ob eine bestimmte Veranstaltung die öffentliche Aufmerksamkeit zu erregen geeignet ist, immer nur die konkrete Lage des einzelnen Falles maßgebend sein kann.

Ohne Grund macht der Angeklagte ferner geltend, daß, selbst wenn ein Aufzug vorgelegen haben sollte, er doch nicht als dessen Veranstalter und Leiter angesehen werden könne. Damit wendet er sich unzulässigerweise gegen die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters, die auch durchaus schlüssig erscheinen und rechtlich nicht zu beanstanden sind.

Wenn endlich der Angeklagte sich noch damit verteidigt, daß er wenigstens angenommen habe, zu der fraglichen Veranstaltung sei eine polizeiliche Genehmigung nicht erforderlich, so bedarf es einer Erörterung nicht, ob sich aus dem angefochtenen Urteil das Vorhandensein eines solchen Irrtums ergibt. Jedenfalls lassen die Feststellungen des Urteils darüber keinen Zweifel, daß die in Betracht kommenden Tatumstände dem Angeklagten sämtlich bekannt waren. Es könnte sich also nur um einen dem Gebiete des Strafrechts angehörenden und daher unbeachtlichen Rechtsirrtum gehandelt haben.

Preuß. AG. z. GVG. § 50 Abs. 1 Nr. 2. Die Zuständigkeit des Kammergerichts ist auch in dem Falle, daß dem Angeklagten im Eröffnungsbeschlusse eine nach Landesrecht strafbare Handlung zur Last gelegt war, dann nicht gegeben, wenn die Verurteilung nur auf Grund einer reichsrechtlichen Strafbestimmung erfolgt ist und auch von der Revision die Möglichkeit der Anwendung der betreffenden landesrechtlichen Bestimmung nicht behauptet wird.

Urteil des StS. v. 26. Juni 1913. S. 73/13.

Gründe: Zur Verhandlung und Entscheidung über die vorliegende Revision des Angeklagten ist das Oberlandesgericht Celle und nicht etwa das Kammergericht zuständig. Wenn auch dem Angeklagten in dem Eröffnungsbeschlusse nicht nur ein Vergehen gegen §§ 16, 147 Abs. 1 Nr. 2 GO., sondern auch eine damit ideell konkurrierende Übertretung des § 27 Nr. 3 des Preußischen Feld- und Forstpolizeigesetzes, also eine »nach Landesrecht strafbare Handlung« im Sinne des § 50 Abs. 1 Nr. 2 des Preuß. AG. z. GVG. zur Last gelegt ist, so ist doch weder in dem Urteil des Schöffengerichts noch in dem jetzt angefochtenen Urteil der Tatbestand dieser Übertretung für gegeben erachtet, vielmehr in beiden Instanzen Verurteilung nur wegen jenes Vergehens erfolgt. Auch von der Revision ist nicht behauptet, daß die Übertretung in Frage kommen könne. Daß aber unter solchen Umständen die Voraussetzung der erwähnten Bestimmung des AG. z. GVG., daß eine nach Landesrecht strafbare Handlung »der Gegenstand der Untersuchung bilde«, für die Revisionsinstanz nicht mehr gegeben ist, hat der erkennende Senat schon wiederholt ausgesprochen. Eine andere Auslegung der Bestimmung würde auch dem gesetzgeberischen Zwecke derselben, nach welchem die Rechtsprechung letzter Instanz nur hinsichtlich des Landesstrafrechts konzentriert werden sollte — Löwes Kommentar zur StPO., Note 5 zu § 9 EG. z. GVG. —, nicht entsprechen.

Besprechungen.

Von Josef Kohler.

Ernst Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Verlag Julius Springer, Berlin. 1914.

Der Kommentar ist faßlich geschrieben, enthält aber gegenüber dem Frankschen Werke, welches mit Erfolg bestrebt ist, sich aus den Niederungen eines Kommentars zur wissenschaftlichen Höhe heraufzuarbeiten, keinen Fortschritt. Als Literatur sind gewöhnlich nur die gebräuchlichen Kommentare, Lehr- und Handbücher erwähnt; es wäre aber wünschenswert, wenn die in den Zeitschriften enthaltenen kritischen und aufbauenden Bestrebungen mehr berücksichtigt worden wären. Die Art, wie Materien ersten Ranges, zum Beispiel die Lehre von Versuch und Teilnahme, behandelt werden, zeugt nicht von energischer wissenschaftlicher Vertiefung. Daß Seite 116 gegen das Reichsgericht polemisiert wird, mag zutreffen, allein die Art der Polemik entbehrt des tieferen Gehaltes.

Max Alsberg, Kriegswucherstrafrecht. Verlag W. Moeser, Berlin. 1916.

Gründlich und tüchtig, in die Einzelheiten eingehend, überall auf allgemeine Prinzipien bauend, mit reicher Kenntnis der Literatur und zu gleicher Zeit auch mit großer Eigenkritik und Eigenkraft aufgebaut; in jeder Beziehung eine vortreffliche Schrift!

Stephan Leonhard, Die Prostitution, ihre hygienische, sanitäre, sittenpolizeiliche und gesetzliche Bekämpfung. Verlag Ernst Peinhardt, München-Leipzig. 1912.

Der Verfasser tritt mit Recht für die Kasernierung der Prostitution und für die Entfernung des Betriebes aus dem Kreise des rechtmäßigen Lebensverkehrs ein und zeigt zu wiederholten Malen die vollständige Unhaltbarkeit unseres Strafgesetzes, welches auf der einen Seite die Personen, die den Prostituierten Wohnung

gewähren, nach § 180 bestraft, auf der anderen Seite der Polizei die Möglichkeit gibt, die Prostituierten zu überwachen, während es sich doch überall um Zustände handelt, welche eine Strafbarkeit nach § 180 voraussetzen; denn irgendwo müssen die Prostituierten doch wohnen. Die furchtbaren gesundheitsschädlichen und moralwidrigen Folgen der Prostitution haben allerdings notwendig zur Sittenpolizei geführt; sie müssen aber überhaupt dazu führen, daß wir im sozialen Leben die Sache so ansehen, wie sie ist, nicht wie sie nach einem idealen Zustande sein sollte. Wir dürfen die Prostitution als Negativerscheinung unserer Kultur nicht einfach in das Strafrecht verweisen, sondern müssen sie als einen unvermeidlichen Mißstand behandeln, den man möglichst unschädlich zu machen hat. Man muß den Lebensbetrieb reinigen, indem man der Prostitution außerhalb des Verkehrs eine Stätte gewährt, wo sie gründlich überwacht wird, so daß sie die menschliche Gesellschaft möglichst wenig zu schädigen vermag.

Ernst Lohsing, Österreichisches Strafprozeßrecht in systematischer Darstellung. Verlag Ullr. Moser's Buchhandlung, Graz-Wien. 1912.

Eine faßliche Darstellung des österreichischen Strafprozesses nach der deskriptiven Methode; ausholende geschichtliche Entwicklungen oder tiefergehende Konstruktionen enthält das Werk nicht, obgleich zum Beispiel die Lehre von der Staatsanwaltschaft und ihre Geschichte im österreichischen Rechte eine derartige Vertiefung nahegelegt hätte.

Richard Deinhardt, Deutscher Rechtsfriede. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig. 1916.

Der Fehlgedanke vom Kampf ums Recht ist längst erloschen; er hat jahrzehntelang die Gemüter aufgeregt und den Kampftrieb entflammt, wodurch eine Menge menschlicher Kulturkraft aufgezehrt und große Unruhe in die Bevölkerung getragen wurde. Ein einziger Prozeßkrämer kann eine ganze Bevölkerung in Verwirrung bringen. Nur wer das Volk nicht kennt, wer nicht weiß, wie die Rechthaberei die besten Köpfe umstrickt, nur der kann im Rechtsstreit eine ethische Pflicht erblicken. Schon in meinem Werke »Recht und Persönlichkeit« habe ich (S. 219) ausgesprochen, daß es ganz gegen das soziale Interesse verstößt, wenn in Kleinigkeiten viel prozessiert wird, und daß es sich hier wesentlich darum handelt, durch Schlichtung der unterschiedlichen Auffassungen und durch Einwirkung auf die Gemüter den Zündstoff zu entfernen, der in der Bevölkerung liegt. Anliegende Beiträge enthalten hierzu teilweise schätzenswertes Material.

Fritz Glaser, Das Verhältnis der Presse zur Justiz. Verlag Carl Heymann, Berlin. 1914.

Der Verfasser betont mit Recht, daß ein gedeihliches Verhältnis zwischen der Presse und der Justiz von der größten Bedeutung ist, und daß man darum der Presse nicht eine Stellung einräumen darf, welche sie außerstand setzt, ihre Aufgabe zu erfüllen, die doch unter anderem auch darin besteht, dem Rechtsgefühl und der Ethik zu dienen. Es wird darum zutreffend hervorgehoben, daß eine Berichterstattung aus öffentlichen Verhandlungen, auch wenn es sich um Beleidigungen handelt und die beleidigenden Äußerungen wiedergegeben werden, regelmäßig nicht wieder als Beleidigung aufgefaßt werden darf. In der Tat könnte solches nur dann gerechtfertigt sein, wenn mit der Wiedergabe der Gerichtsverhandlungen selbständige verfängliche Redaktionsbemerkungen verbunden wären, oder wenn durch die Art der Wiedergabe und die sensationelle Weise der Verbreitung die Äußerung in einer Weise unter das Publikum getragen würde, welche der vorurteilslosen Aufgabe der Presse, dem Anstand und der vornehmen Diskretion widerspricht, zu welcher jedes Organ der öffentlichen Ordnung verpflichtet ist. Treffend wird dann über den § 193 StGB. gehandelt und die Argumentation unserer Rechtsprechung bekämpft, welche den Schutz des § 193 nur egoistischen oder quasi egoistischen Motiven gewährt, so daß Edelmut und Aufopferung für andere vollkommen schutzlos bleiben müssen. Eine Argumentation, wie die des Oberlandesgerichts Jena vom 7. Mai 1901, muß jedem die Augen öffnen. Es hatte jemand Bekannte vor einem Speisewirt gewarnt, weil er Fleisch eines kranken Viehs aufstelle. Es hätte sich nun von selbst verstanden, daß der § 193 gegeben ist, aber das ethische Motiv, für die Bekannten zu sorgen, wäre nach der herrschenden Judikatur nicht als hinreichend erachtet worden; daher wurde weiter argumentiert, daß der Angeklagte, indem er seinen Bekannten zu raten suchte, zu gleicher Zeit für seinen eigenen guten Ruf und damit für sein berechtigtes Interesse gehandelt habe. Das wurde für nötig befunden, um dem § 193 Eingang zu verschaffen.

Karl v. Birkmeyer zum 27. Juni 1917.

Hochverehrter Herr Jubilar!

Am 27. Juni wird sich die Zahl Ihrer Lebensjahre auf siebzig runden. Mit freudiger Anteilnahme wird die juristische Welt diesen Tag mit Ihnen begehen, der Sie so viele Geschlechter als verehrter und erfolgreicher Lehrer herangebildet und der Rechtswissenschaft so viele in ihrer charaktervollen Grundsatzfestigkeit imponierende, die Probleme gründlichst und in ihren Tiefen packende Untersuchungen geschenkt haben. In den verschiedensten Gestalten werden Ihnen Glückwünsche zu dem festlichen Tage zufliegen, alle gipfelnd in dem Wunsche, daß Ihnen Ihre alte Kraft, deren wir uns freuen, erhalten bleiben möge, noch lange segensreich zu wirken. Und wer könnte diesen Wunsch aufrichtiger hegen als wir, die wir nicht bloß durch die Strafrechtswissenschaft, sondern zugleich auch durch die Bande der Münchener Juristenfakultät mit Ihnen verbunden zu sein das Glück teils hatten, teils noch haben. Es ist uns ein lieber Gedanke, Ihnen unsere wissenschaftliche Arbeit zur Festesfeier zu widmen. Für die Beiträge zu unserer »Münchener Festgabe« hat das Archiv für Strafrecht, zu dessen Mitarbeitern Sie zählen, und mit dessen Herausgeber Sie das Bekenntnis zur idealistischen Richtung im Strafrecht teilen, seine Spalten erschlossen. Wir freuen uns, daß diese angesehene Zeitschrift der Herold unserer Beglückwünschung geworden ist.

Dank Ihrem Wirken! Glück und Segen Ihnen und Ihrem blühenden Hause!

München, Jena, Kiel und Berlin.

Ernst Beling. Friedrich Dörr.
Reinhard Frank. Friedrich Kitzinger. Georg Kleinfeller.
August Köhler. Karl Neumeyer.
R. v. Decker's Verlag G. Schenck, Kgl. Hofbuchhändler.

Münchener Festgabe für Karl v. Birkmeyer zum 27. Juni 1917*).

Erster Beitrag.

Der nicht mitangefochtene und der teilweise angefochtene Schuldspruch.

Von Prof. Dr. Ernst Beling, München.

Die Lehre von der Teilung der Rechtsmittel im Strafprozeß und von ihren Wirkungen ist in Schrifttum und Rechtsprechung noch heftig umstritten. Das gilt insbesondere für ihren Kernpunkt: die Beschränkbarkeit der Anfechtung einmal auf die Straffragebeantwortung und sodann innerhalb der Schuldfragebeantwortung. Hier bereitet namentlich der Umstand Beschwernis, daß es Urteilsverstöße gibt, die mit dem Strafausspruch zugleich den Schuldspruch, mit dessen einem Bestandteil auch den Rest in Mitleidenschaft ziehen. Den einen erscheint dieser Umstand schwerwiegend genug, eine derartige Teilbarkeit der Rechtsmittel, wie sie hier in Rede steht, überhaupt zu leugnen; die anderen suchen sich mit der Teilbarkeit trotz jenes Umstandes abzufinden, sehen sich dann aber einer Anzahl neuer Fragen gegenüber, zu denen sie sich nicht in gleicher Weise stellen. Dabei wird dann das Problem bald einmal wie ein rein logisches, bald einmal als Gerechtigkeitsproblem behandelt. Das sind aber beides keine positivrechtlich-juristischen Lösungen, jedenfalls nicht volle Lösungen. An jede Untersuchung, die sich das Ziel setzt, geltende Rechtssätze zu ermitteln, und so auch an die Untersuchung über unser Thema sind zwei Anforderungen zu stellen: einmal, daß die maßgebenden Gesichtspunkte konstruktiv scharf erfaßt werden; sodann aber, daß nicht aus diesen Gesichtspunkten heraus die Antwort darauf, was Rechtens sei, gesucht wird, sondern diese Antwort auf den Erwägungen über die Lebensbedürfnisse aufgebaut wird, derart, daß hierbei die empirisch gegebene ratio das maßgebende Wort spricht. Diese Methode soll in den nachstehenden Untersuchungen eingehalten werden. Wie man einer sich dabei für das geltende Recht herausstellenden Unzuträglichkeit abhelfen kann, soll zum Schluß kurz erörtert werden.

A. Der nicht mitangefochtene Schuldspruch.

I. Das Urteil als Anfechtungsobjekt.

1. Das Sachurteil, seine Bestandteile und Nichtbestandteile.

Um dem Problem und seiner Lösung auf den Grund zu sehen, bedarf es zunächst der Klarheit darüber, was eigentlich das — den Anfechtungs- und den Rechtsmittelentscheidungsgegenstand bildende — Urteil

*) Anmerkung: Ich habe den Worten der verehrten Münchener Kollegen nichts beizufügen, als daß ich mich ihren Glückwünschen anschließe und in diesem Hefte (S. 209f.) ebenfalls einen Beitrag zur Feier v. Birkmeyers veröffentliche. [Kohler.]



im Strafprozeß ist. Dabei kann, dem Thema entsprechend, das den sachlichen Ausspruch ablehnende (Formal-) Urteil beiseite bleiben.

Das Sachurteil nun birgt — ein sehr einfacher und doch sehr wichtiger Umstand! — niemals etwas anderes in sich als eben den entscheidenden Ausspruch »zur Sache«, das ist über den abzuurteilenden Prozeßgegenstand selber: Freisprechung oder Verurteilung (nebst eventuellen Aussprüchen über die mit zum Prozeßgegenstand gehörenden nichtkriminellen Maßregeln und dem Ausspruch über die Kosten). Nirgends findet im Sachurteil des Strafprozesses die entscheidungsmäßige Feststellung eine Stätte: daß der Prozeß als solcher in Ordnung sei, so, daß dem Sachurteil nichts im Wege stehe. Der Tenor beginnt sogleich mit der Sachentscheidung; ein Ausspruch über jene Vorfrage wird nicht gefällt, sondern die Annahme der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens wird einfach durch den Sachentscheid betätigt. Ja, derartige Entscheidungen, die lediglich die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens bejahen, gibt es im positiven Strafprozeßrecht nicht nur nicht als gesonderte Elemente im Tenor des Sachurteils, sondern es gibt sie überhaupt nicht. Das System der — unter die Kategorie der Zwischenurteile fallenden — bejahenden Formalurteile des Inhalts, daß dem Sachurteil kein prozessuales Hindernis entgegenstehe, ist der StPO. unbekannt im Gegensatz zur ZPO. (Verwerfung prozeßhindernder Einreden usw.).

Alle Feststellungen, die sich nur auf Bejahung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens, auf die prozessuale Zulässigkeit eines Sachurteils beziehen (Sachurteilsvoraussetzungen), tragen also im Strafprozeß nur den Charakter von Durchgangsfeststellungen. Sie gleichen darin den im materiellrechtlichen Syllogismus, der zu dem Urteilsinhalt hinführt, enthaltenen Feststellungen; auch diese steigen nicht zu tenormäßiger Behandlung, zum Range einer »Entscheidung« über sie auf, sondern gehören lediglich zum gedanklichen Unterbau der Entscheidung. Auf der anderen Seite aber heben sie sich von den Elementen im materiellrechtlichen Syllogismus scharf ab; sie sind nicht »Gründe« der Entscheidung, das ist des Entscheidungsinhalts, sondern nur »Vorgründe« für den unausgesprochen in der Mitte des zu durchschreitenden Weges liegenden Satz, daß man überhaupt nunmehr zur Prüfung und Entscheidung zur Sache gelangen könne. Das zeigt sich deutlich darin, daß die meisten hierher gehörigen Umstände ganz genau in gleicher Weise bejaht werden müssen, mag das Urteil ein freisprechendes oder ein verurteilendes sein (Bejahung der Gerichtsbarkeit, der Zuständigkeit usw.)[1]).

Mehr noch zeigt sich die Notwendigkeit einer scharfen Scheidung zwischen den prozessualen Vorfeststellungen und den zwar auch nur durchgangsmäßigen, aber doch schon (wenn auch nicht »entscheidungs«-

---

[1]) Anders nur hinsichtlich der Umstände, die ich als Urteilsqualitätsvoraussetzungen bezeichne, das sind solche, die, auf prozessualem Felde liegend, nur dafür in Betracht kommen, daß das Urteil sachlich-inhaltlich so oder so ausfällt, z. B. Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts. Vgl. meine »Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren«, S. 31 ff.

mäßigen, so doch schon im Innern des Urteils selber liegenden) »materiellrechtlichen« Feststellungen in der Art und Weise, wie das Urteil zu »begründen« ist: über die letzteren muß das Gericht expressis verbis Rede und Antwort stehen (man denke besonders an den »absoluten« Revisionsgrund, daß das Urteil des syllogistischen Unterbaus bar ist, und an das Durchschlagen der Revision mit der Folge der Zurückverweisung auch schon bei — kausaler — Mangelhaftigkeit dieses Unterbaus); dagegen kann sich das Gericht über die »Vorgründe«, aus denen es die Ordnungsmäßigkeit des Prozesses bejaht, in der Regel überhaupt ausschweigen, wie es auch diese Bejahung (siehe oben) nicht zum Gegenstande eines tenormäßigen Ausspruchs macht. Nur da wird man eine ausdrückliche Feststellung vom Gericht zu fordern haben, wo der betreffende prozessuale Punkt irgendwie in Zweifel gestellt war[2]).

Wenden wir uns nun nach dieser negativen Klarlegung, daß die Bejahung der Zulässigkeit des Sachurteils weder Urteilsinhalt ist noch auch nur im Innern des Urteilssyllogismus liegt, zu dem, was das Sachurteil positiv enthält, so ist zunächst zu betonen, daß jedes Urteil hinsichtlich eines Prozeßgegenstandes nur eine Entscheidung enthält. Es ist gefährlich, bei einem auf denselben Prozeßgegenstand bezüglichen Urteil von einer im Tenor enthaltenen Mehrheit von Entscheidungen verschiedener Qualität zu sprechen[3]). Dieser Sprachgebrauch ist freilich sehr üblich: man spricht von »der Schuldfrageentscheidung«, der »Straffrageentscheidung«, »der Kostenfrageentscheidung« usw. Nun ist es klar, daß diese logischen Elemente im Urteilstenor scharf geschieden nebeneinander liegen. Aber »entschieden« wird nicht »über« die »Schuldfrage« usw., sondern alle diese Elemente sind (zwar im Gegensatz zu den »Gründen« nicht bloße Durchgangsfeststellungen, sondern von wirklichem »entscheidungsmäßigen« Charakter, aber) Bestandteile »der«, das ist der einen, Entscheidung. Die Pluralisierung dieser Bestandteile, als ob der »Entscheidungen« mehrere wären, hat schon viel Schiefheit verschuldet. Deshalb vermeide ich die hergebrachte Redeweise und nenne diese Urteilsbestandteile »Schuldfrage- usw. Beantwortung, Schuldspruch und Strafausspruch usw.

Des weiteren ist es wichtig, sich stets den schon oben berührten logischen Gegensatz zwischen dem »Entscheidungs«inhalt selber und dem syllogistischen Unterbau, der nur durchgangsmäßige Feststellungen bietet, vor Augen zu halten. Deshalb irrt der übliche Sprachgebrauch vom Richtigen ab, wenn er von »Tatfrageentscheidung« und »Rechtsfrageentscheidung« spricht. War es schon unrichtig, von »Schuldfrage-

---

[2]) Wenn in Fällen der letzteren Art die »Urteilsgründe«, das ist deren schriftliche Fixierung in der Urteilsurkunde, wie es Brauch und geboten ist, auf den betreffenden prozessualen Punkt eingehen, so ist das logisch Richtige, daß dies an erster Stelle geschieht; die äußerliche Einverleibung der Erörterung in das, was man die »Gründe« der Urteilsurkunde nennt, bedeutet eigentlich sogar nur ein — praktisches — abgekürztes Verfahren: eigentlich gehört sie vor den Urteilstenor. Folgt sie ihm äußerlich nach, so muß sie wenigstens den ersten Platz haben.

[3]) Korrekt ist natürlich, im Urteil die auf verschiedene gleichzeitig vorliegende Strafsachen bezüglichen Entscheidungen als mehrere zu sondern.



entscheidung« und »Straffrageentscheidung« zu sprechen, so ist es noch fehlerhafter, die »Tatfrage« und die »Rechtsfrage« als Entscheidungsobjekte zu denken. Die Feststellung der Schuldfrage und die der Straffrage sind, worauf sogleich noch einzugehen ist, wenigstens noch Entscheidungsbestandteile; die Beantwortung der Tat- und der Rechtsfrage sind nicht einmal dies, sondern liegen ganz unterhalb des Entscheidungsinhalts als Feststellungen, durch die hindurch erst die Entscheidung selber erzielt wird.

Wie sehr geboten es ist, von allen bloßen Durchgangsfeststellungen des Urteils die Bezeichnung als »Entscheidung« fernzuhalten, zeigt namentlich der Umstand, daß sie möglicherweise als Entscheidungen sui generis — Inzidententscheidungen — ergehen können, die dann ihrerseits als solche wieder neben dem Entscheidungsinhalt ihren eigenen syllogistischen Unterbau mit Durchgangsfeststellungen aufweisen. Wer gerade hieraus schließen wollte, daß zwischen »Entscheidung« und »Durchgangsfeststellung« kein Unterschied bestehe, dem wäre zu erwidern, daß diese Begriffe selbstverständlich relativ sind. Was für das Urteil Durchgangsfeststellung ist, bleibt dies, wo vom Urteil gesprochen wird, auch wenn über den betreffenden Punkt eine Vorentscheidung ergeht. Man muß sogar noch mehr konkretisieren: auch der Inhalt einer urteilsmäßigen Entscheidung kann für ein anderes Urteil Durchgangsfeststellung sein.

Im Zusammenhang hiermit bleibt auch zu der üblichen Charakterisierung der Funktionenteilung im Schwurgericht: die Geschworenen hätten über die Schuldfrage, der Gerichtshof habe über die Straffrage zu entscheiden, kritisch einiges zu sagen. Wäre das richtig, so wäre bei bejahendem Verdikt der Ausspruch des Gerichtshofes, das Urteil, auf die Festsetzung der Strafe beschränkt, während es doch, wie jedes andere Urteil, auf »Verurteilung wegen Meineides, wegen Raubes« usw. lautet, also unter Benennung des titulus condemnationis, unter ausdrücklicher Bejahung der Schuldfrage, über das Ganze entscheidet; und bei verneinendem Verdikt würde man sich vergeblich fragen, wie denn der Gerichtshof erst noch »freizusprechen«, also die Schuldfrage zu verneinen hat. Die übliche Ausdrucksweise verführt junge Juristen dazu, sich in der Tat die Sache so zu denken, als habe der Gerichtshof nach Verneinung der Schuldfrage durch die Geschworenen gar nichts mehr, und nach Bejahung lediglich über die Strafe etwas zu sagen. Brächte das Verdikt »die Entscheidung« über den einen Urteilsbestandteil, die Schuldfrage, so wäre verwunderlich, wie die Partei das Schwurgerichtsurteil, das ja gar nichts zur Schuldfrage entschiede, anfechten müßte und dürfte, um das Verdikt zu Falle zu bringen. Wer prozessualisch korrekt sprechen will, muß sich dahin ausdrücken, daß der Gerichtshof über den Prozeßgegenstand ganz entscheidet, nur daß er bei dieser Entscheidung hinsichtlich des Schuldspruchs, also in Ansehung des titulus condemnationis bzw. der Verneinung, an die von den Geschworenen getroffene Durchgangsfeststellung gebunden ist. Daß diese letztere ebenfalls in Form einer besonderen Entscheidung auftritt, verschlägt nichts. Der Fehler besteht nicht darin, daß man den Geschworenen »die Entscheidung über

die Schuldfrage« zuweist, sondern darin, daß man dies zugleich mit der Behauptung, der Gerichtshof »entscheide (nur) über die Straffrage«, tut. Man bringt erst dann Ordnung hinein, wenn man formuliert: der Gerichtshof entscheidet über das Ganze, nachdem die Geschworenen eine bindende Durchgangsfeststellung über die Schuldfrage in Gestalt einer Vorentscheidung getroffen haben. Erfaßt man den Wahrspruch der Geschworenen nach seinem Sinn nach Maßgabe des Prozeßrechts, und nicht bloß nach seinem Text, so wird sogar offenbar, daß diese Vorentscheidung inhaltlich gar nicht einmal unmittelbar die Bejahung oder Verneinung der Schuldfrage ist; vielmehr lautet sie, der Aufgabe der Geschworenen gemäß, qua Entscheidung nur dahin: der Gerichtshof habe bei seinem Urteil hinsichtlich des Schuldbestandteils des letzteren den oder jenen titulus condemnationis oder gar keinen zugrunde zu legen. So müßte der Tenor des Verdikts lauten, wenn er (was praktisch natürlich unnötig) ausdrücklich formuliert würde. Der Geschworenenspruch ist also inhaltlich eine Formalentscheidung, der die Beantwortung der Schuldfrage nur als ein sie unterbauender Syllogismus dient[4]). Wollte man einwenden, daß doch die Geschworenen »materiell« über die Schuldfrage entschieden, so wäre damit ein untechnischer Sinn der Wendung »über etwas entscheiden, = zu etwas Stellung nehmen« in das Prozeßrecht hineingetragen. In diesem untechnischen Sinne fallen natürlich alle Durchgangsfeststellungen unter den Entscheidungsbegriff (Entscheidung darüber, ob der nicht mitangeklagte Haupttäter seine Tat begangen habe, ob ein Zeuge glaubwürdig sei, eine juristische Streitfrage so oder so zu lösen sei usw.). So wenig dieser Sprachgebrauch an sich zu beanstanden ist, so muß er doch ferngehalten werden, sobald man als Prozessualist spricht.

Bei alledem bedarf noch Eines scharfer Erfassung, damit der Weg zum Verständnis der »Rechtsmitttelteilung« frei werde, nämlich die strafprozessualische Eigentümlichkeit, daß der Schuldspruch eben ein Bestandteil der Sachentscheidung selber und nicht des Syllogismus ist. Man ist daran so gewöhnt, daß man sich ganz regelmäßig keine Rechenschaft darüber gibt, wie es auch anders sein könnte, und welche wichtigen Unterschiede damit namentlich gegenüber dem Zivilprozeß verknüpft sind. Das logische Verhältnis der Schuldfragebejahung zur Straffragebejahung ist nämlich ersichtlich das des Bedingenden zum Bedingten, anders ausgedrückt: die Schuldfragebejahung ist im Verhältnis zur Verurteilung selber an sich nur ein Element in dem Syllogismus,

---

[4]) Schanze, Ztschr. f. StRW. 4, 462, hat richtig gesehen, daß das Verdikt nur ein Stück für den Urteilssyllogismus gewährt, aber er hat nicht klar erkannt, daß dann eben doch die diesen Syllogismus krönende Entscheidung über die Schuldfrage noch aussteht; denn wenn er auch ganz richtig einesteils von »Beantwortung« der Schuldfrage durch die Geschworenen, und andernteils davon spricht, der Gerichtshof »entscheide, ob und in welchem Maße sich aus der Prämisse ein Anspruch des Staates auf Strafe ergebe«, so bleibt er doch bei der Formel stehen »die Entscheidung der Straffrage liegt der Richterbank ob«, womit er der Richterbank doch die Entscheidung über das Ganze abspricht.

der zur Verurteilung hinführt. Es wäre deshalb ohne weiteres denkbar, daß sich jedes Strafurteil auf die kurze Formel beschränkte:

»der Angeklagte wird zu (z. B.) sechs Monaten Gefängnis verurteilt«,

so daß die Feststellung, was für einer Art strafbarer Handlung er schuldig sei, in den »Gründen« verbliebe (wie regelmäßig im Zivilprozeß nur über den Anspruch »entschieden« wird, die Anspruchsunterlagen aber in vollem Umfang bloße Durchgangsfeststellungen im Unterbau des Urteils bilden). Es wäre weiter denkbar, daß der Schuldfragebejahung zwar (unter Emporhebung aus den bloßen »Gründen«) zu tenormäßiger »Entscheidung« verholfen würde in Gestalt einer eigenen Vorentscheidung, sei diese nun, ähnlich wie das zivilprozessualische »Zwischenurteil« über den »Grund des Anspruchs«[5]), auch zeitlich gesondert, sei sie mit der Straffragebejahung im selben Urteilsspruch zusammengebunden (»1. der Angeklagte wird des Diebstahls schuldig erklärt; 2. der Angeklagte wird zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt«). Die StPO. hat, darüber besteht ja Einverständnis, jedenfalls den ersten Modus ebensowenig gewollt wie die erste Alternative des zweiten. Eher könnte man zweifeln, ob nicht im Sinne der zweiten Alternative des letzteren zu tenorieren wäre (wie das denn auch in der Praxis vorkam und noch vorkommt, nur unter Weglassung der Ziffern 1 und 2), womit zugleich unsere obige These, daß es sich lediglich um Bestandteile einer Entscheidung handele, abgelehnt wäre. Daß es aber bei dieser These sein Bewenden haben muß, und warum, ergeben die Gründe, aus denen dem Strafprozeß sowohl die bloße durchgangsmäßige Schuldfragebejahung wie auch das zeitlich abgesonderte Zwischenurteil schuldfragebejahenden Inhalts fremd sind. Einmal nämlich ist der kriminelle titulus condemnationis für die Lebensinteressen des Angeklagten mit von so großer Wichtigkeit, daß er eine eigene entscheidungsmäßige Feststellung erheischt[6]). Auf der anderen Seite aber ist diesem Interesse vollauf Genüge getan, wenn der titulus condemnationis lediglich vermittelst der Wendung »wegen . . .« in die Straffragebejahung als Bestandteil der einheitlichen Entscheidung eingesetzt wird, und würde eine Isolierung der Schuldfragebeantwortung zu selbständiger »Entscheidung« angesichts des engen Zusammenhanges Zusammengehöriges trennen. Daß sich nach gefälltem Urteil (der ersten Instanz) andere Horizonte auftun[7]), ist eine Sache für sich. Bis dahin ist trotz der logischen Trennbarkeit (und Trennungsnotwendigkeit) zwischen Schuldfrage und Straffrage eine Verselbständigung des Schuldspruchs praktisch deshalb von Übel, weil erfahrungsgemäß die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen, die bei Schlüssigmachung über die Straffrage einsetzen, das Gericht in das Stadium der — schon erledigten — Schuldfragebeant-

[5]) Der aber nur das rechtliche »Ob überhaupt« des Anspruchs betrifft und insofern mit dem strafprozessualischen Schuldspruch, der auch den titulus condemnationis in sich begreift, nicht auf einer Linie steht.

[6]) Vgl. dazu Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen 2, 308 bis 310; Glaser, Handbuch 2, 6. Übertreibend Glaser, GerSaal 36, 18; vgl. Schötensack, Rechtsgang 3, 15, Anm. 2.

[7]) Vgl. darüber unten S. 172.

wortung zurückwerfen können und deshalb bis zur vollen Verkündung des Strafausspruchs die Möglichkeit gegeben sein muß, den Schuldspruch nochmaliger Überprüfung zu unterziehen. Dieser Anforderung entspricht aber nur die einheitlich in sich geschlossene Urteilsformel. Enthielte der Tenor zwei Entscheidungen, so würde, sobald die »Schuldfrageentscheidung« verkündet ist, der Weg zu ihrer Umwerfung abgeschnitten sein. Dem Bedürfnis entspricht — bei aller Notwendung einer Trennung der aufbauenden Gedankenarbeit und Abstimmung — ein Ausspruch, der in einem Zuge auf das Ganze als Ganzes das Siegel drückt[8]).

2. Die Anfechtung des Urteils und ihre Begründung.

Was für eine Stellungnahme gegenüber dem, was das Urteil bringt und was es mitbringt, enthält nun die Einlegung eines Rechtsmittels?

Hier ist mit aller Schärfe zu betonen, daß nach positivem Recht einziges Objekt der Anfechtung nur die Entscheidung selber ist. Nur der begründeten Unzufriedenheit der Partei mit dieser soll abgeholfen werden. Was das Urteil sonst noch mit sich bringt, mag für die Partei noch so beschwerlich sein: begehrt die Partei nicht eine Änderung der Entscheidung selber, so hat es keinen Sinn, den Strafprozeß zu verlängern, dessen Ziel ja erreicht ist. Sämtliche Durchgangsfeststellungen sind demnach der Anfechtung entzogen: der ganze Urteilssyllogismus mit allen seinen Einzelfeststellungen, und erst recht das Reich der »Vorgründe«. Wo sie zur Sprache kommen sollen, kann das nur so sein, daß um ihretwillen die Entscheidung angefochten wird. Sie treten nicht als Rechtsmittelgegenstand, sondern nur in dessen Unterbauung auf.

Das ist ja bekannt und anerkannt[9]), wenn es auch an der scharfen Ausdrucksweise zuweilen mangelt. Damit ist aber sofort auch das eine klargelegt, daß bei einem Sachurteil die ihm zugrunde liegende Bejahung der Ordnungsmäßigkeit des Prozesses niemals Objekt der Anfechtung sein kann, denn diese Bejahung tritt im geltenden Recht nie als »Entscheidung«, sondern bestenfalls in den »Vorgründen« des Sachurteils auf. Der Rechtsmittelwerber kann nicht sagen: ich greife die »Entscheidung« an, daß ein Sachurteil zulässig ist; denn eine solche Entscheidung ist nicht da, sondern er kann nur sagen: ich greife das Sachurteil selber an, weil es auf dem und dem Prozeßfehler beruht. Daß er innerhalb des Themas, dem die Entscheidung gilt, auch Lückenergänzung verlangen kann (z. B. als Strafkläger Erstreckung der Verurteilung auf ideell konkurrierende Gesichtspunkte, auf vergessene Nebenstrafen usw.), steht nicht entgegen. Was er nicht kann, das ist eine Entscheidung der höheren Instanz über etwas, was überhaupt nicht »Entscheidungs«thema war.

---

[8]) Daß das Schwurgerichtsverfahren die Schuldfrage und die Straffrage auseinanderreißt so, daß der Gerichtshof den Strafausspruch fällt, ohne dabei in der Lage zu sein, außer im Falle des § 317 StPO. eine Nachprüfung des Schuldspruches vornehmen zu können, gehört ja zu den bekannten Mängeln dieses Verfahrens.

[9]) Vgl. die klare Scheidung bei Birkmeyer, Strafprozeß, S. 688.

Es war nötig, dies klarzulegen, weil das Reichsgericht — Bd. **40**, 274 — auf einen ganz eigentümlichen Abweg geraten ist[10]). Der Angeklagte hatte in seiner Revision nur[11]) geltend gemacht, daß die Sache schon rechtskräftig erledigt sei. Das Reichsgericht hat nun der Auffassung noch nicht entsagt, daß die Rechtskraft Doppelnatur (sowohl prozeßrechtliche wie strafrechtliche) habe. Folgerichtig ist ihm dann die Berufung auf res judicata eine Rüge, die zugleich »Prozeßrüge« und »materiellrechtliche« ist. Ist sie das, so greift § 392 II StPO. Platz: das Revisionsgericht muß, wenn es die spezielle Rüge verwirft, immer noch zusehen, ob nicht sonst bei Anwendung des Strafgesetzes rechtliche Fehler untergelaufen sind. Das Reichsgericht aber entschlägt sich dieses weiteren Eingehens auf die Schuld- und Straffrage, weil der Rechtskraftpunkt »eine in sich selbständige, von der im angefochtenen Urteil enthaltenen Beurteilung der Schuld- und Straffrage trennbare Prüfung und Entscheidung gestatte«; es bedürfe ja zur Entscheidung über ihn nicht der Prüfung, »ob die Schuld- und Straffrage in dem angefochtenen Urteile, dieses für sich betrachtet, eine rechtlich zutreffende Beurteilung erfahren hat«. So richtig das Ergebnis ist, so völlig unhaltbar ist die Begründung. Denn zunächst läßt sich die Argumentation von der logischen Möglichkeit abgesonderter Prüfung auf jeden im Innern der Schuld- und Straffrage liegenden strafrechtlichen Punkt anwenden: ob es sich bei § 242 StGB. um eine »Sache« handelte, ob um eine »fremde« Sache usw.; ob die Wegnahme »rechtswidrig« war; ob Vorsatz vorlag, Rücktritt vom Versuch usw. — überall ist Absonderung der Nachprüfung bequem möglich. § 392 II StPO. will aber gerade solche Sonderung nicht; und gehört die Rechtskraftfrage (»auch«) in den Bereich der Schuldfrage, so hat eine auf sie bezügliche Rüge wie jede andere spezialisierte materiellrechtliche Rüge eben die Kraft, den sachlichen Inhalt des angefochtenen Urteils im ganzen Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung entgegenzuführen.

Sodann aber ist das Dogma von der »Doppelnatur« der Rechtskraft eben falsch[12]), und gerade die Entscheidung in Bd. **40**, 274 sollte doch hierüber die Augen öffnen. Ich kann mich nur verwundern, wenn in der Judikatur und teilweise im Schrifttum immer noch mit dem Satze gearbeitet wird, daß der Grundsatz des Ne bis in idem »durch den Ausschluß einer weiteren Strafverfolgung die Straflosigkeit begründe« und darum nicht bloß prozessualer, sondern auch materieller Natur sei[13]). Wenn die Rechtskraft »die Straflosigkeit begründet«, dann tut das nicht minder jeder im Prozeßrecht als dauerndes Sachurteilshindernis anerkannte Umstand, ja sogar auch jeder andere Prozeßrechtssatz, bei

---

10) Das Reichsmilitärgericht läßt — 17, 32 — die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auffassung dahingestellt, hat also möglicherweise damals Bedenken gegen sie gehabt. In einer späteren Entscheidung — 18, 76 — tritt das RMG. dem RG. bei.

11) Von der weiteren Rüge, daß die Bildung einer Gesamtstrafe unterlassen worden sei, wird hier abgesehen. Vgl darüber unten 173 Anm. 17.

12) Vgl. meine »Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren«, S. 89.

13) So RMG. 17, 32, vgl. weiter RG. E. 25, 27, 43, 60, RMG. 8, 39, 15, 258.

dessen Anwendung es zur Freisprechung gekommen wäre; z. B. der Satz, daß Zeugen zu vereidigen sind; denn die Vereidigung eines Zeugen kann dann auch »die Straflosigkeit begründen«. Der Fehler in solcher Betrachtungsweise liegt darin, daß man die »Straflosigkeit« als das tatsächliche Freibleiben von Strafe mit der Straflosigkeit im Strafrechtssinne, dem von Rechts wegen verbotenen bejahenden gedanklichen Unterstellen des Individuums unter das Strafgesetz, verwechselt. In fortschreitender Arbeit hat sich die Wissenschaft durchgerungen zu der Erkenntnis, daß die Frage, ob das Gericht bestimmte Tätigkeiten üben darf (Strafverfolgung), etwas ganz anderes ist als die Frage, ob jemand gedanklich im Sinne des Rechts strafbar ist. Alle diese Errungenschaften macht die Lehre von der Doppelnatur der Rechtskraft zunichte.

Sieht man in der Rechtskraft nur ein Hemmnis gegen weitere Strafverfolgung, so bereitet nun auch die Entscheidung des Falles in E. 40, 274 keine Schwierigkeiten mehr. Es lag eben eine reine Prozeßrüge vor, und deshalb war sie gemäß § 392 I StPO. nicht imstande, eine inhaltliche Prüfung des Sachurteils durch die Revisionsinstanz herbeizuführen.

Dagegen kommt — und das ist der Grund, weshalb die reichsgerichtliche Entscheidung hier ausführlich zu erörtern war — das Reichsgericht mit seiner Argumentation zu einem der StPO. völlig unbekannten besonderen Anfechtungs*gegenstand*. Nach ihm ist, wenn die Rüge der res judicata erhoben wird, überhaupt nicht mehr das *Sachurteil selber* angefochten, sondern lediglich die Beantwortung der *Rechtskraftvorfrage*. Das Rechtsmittel bedeutet nicht mehr: ich begehre Umstoßung des Sachurteils, *weil* es prozeßrechtlich unstatthaft war, sondern: ich begehre Umstoßung des Erlasses eines Sachurteils. Das wäre möglich, wenn der Erlaß eines Sachurteils als solcher nicht bloß eine reine Tatsache wäre, sondern sich in einer *besonderen Entscheidung*, daß sie sich zu vollziehen habe, verkörperte (bejahendes Formalurteil); dann könnte das Revisionsgericht, wenn es die Ordnungsmäßigkeit des Prozesses bejahte, die inhaltlich für sich allein ja gar nicht angefochtene Sachentscheidung selber nicht antasten. Aber ein nicht vorhandenes Formalurteil kann nicht selbständiger Anfechtungsgegenstand sein!

II. Die Rechtsmittelteilung.

An der Hand der unter I 1 und 2 ans Licht gestellten Kategorienreihen müssen wir zu der unverlierbaren Erkenntnis gelangen, daß das Problem der »Teilung der Rechtsmittel« ein doppeltes ist:

a) Die »Teilung« läßt sich beziehen auf den *Gegenstand* der Anfechtung, das ist die Entscheidung selber. Es fragt sich dann: welche rechtliche Bedeutung hat die Erklärung des Rechtsmittelwerbers, daß er *innerhalb der Bestandteile* der Entscheidung einen Unterschied machen, die einen als richtig hinnehmen, die anderen durch etwas anderes ersetzt wissen wolle?

b) Die »Teilung« läßt sich aber auch beziehen auf die Ausspielung von Anfechtungs*gründen*. Die Frage ist dann die: welche Bedeutung

kommt dem Umstande zu, daß der Rechtsmittelwerber bei einer Anfechtung (sei sie dem Gegenstande nach voll umfassend oder im Sinne von a geteilt) aus dem Syllogismus, der der Entscheidung zugehört, oder aus dem das Urteil in der Tiefe unterbauenden Komplex von prozessualen Durchgangspunkten (sie seien von dem Untergericht als »Vorgründe« ausdrücklich festgestellt oder nicht), nur einen oder den anderen Punkt als denjenigen herausgreift, der der Sündenbock sei.

Bei a handelt es sich um die Frage: was ist (nach Behauptung des Anfechtenden) an der Entscheidung falsch? Bei b um die Frage: warum ist es falsch?

1. Das erste der beiden Probleme wird für das geltende Recht herkömmlich dahin beantwortet: Die Teilung ist insoweit »zulässig« (korrekter hieße es »wirksam«), als sich der von dem Anfechtenden erkorene Teil der Entscheidung logisch von dem übrigen derart absondern läßt, daß der nicht angefochtene Teil unerschüttert bleibt, mag der zum Anfechtungsobjekt gemachte Teil in der höheren Instanz dies oder jenes Geschick haben. Die Lösung ist richtig. Nur täuscht man sich, wenn man meint, daß der durch Auslegung zu ermittelnde Rechtssatz unmittelbar durch logische Erwägung als positiv-rechtlicher erwiesen werde. So sehr unser gesamtes wissenschaftliches Denken und mit ihm alle Auslegung dem logischen Gesetz gehorchen muß, so wenig ist das Logische um deswillen, weil es logisch ist, schon Rechtens. Wie überall in der Jurisprudenz kann auch hier die Logik nur Gedankenwege sperren; auf sie allein Ergebnisse aufzubauen, geht nicht an. Es ist vielmehr auf die empirische ratio, die dem Rechtsmittelrecht zugrunde liegt, das ist auf die Wertbetrachtung, die sich auf die menschlichen Interessen bezieht, zurückzugehen. Und dieses Werturteil, das hier einsetzt, ist einfach das, daß nach gesprochenem Urteil der Partei das maßgebende berechtigte Interesse daran zugesprochen wird, daß das ihr mißfällige Urteil beseitigt werde, sofern es wirklich nicht richtig ist. Ist dies der Kern des Rechtsmittelinstituts, so ergibt sich zugleich, daß nunmehr auch nur der Umfang, in dem das Parteiinteresse geltend gemacht ist, dem höheren Gericht seine Aufgabe umreißt, und das darüber hinaus Gehende als nicht mehr interessierend, als erledigt beiseite bleibt. Der Rechtsmittelwerber muß deshalb auch in der Lage sein, alle ihn und Dritte zwecklos belastenden Weiterungen abzuschneiden, die mit der einen oder anderen Schuldwertung verbunden sein würden, wenn er ein Ankämpfen dagegen für aussichtslos hält. Daß dabei die »logische Trennbarkeit« der Bestandteile ein Wort mitspricht, ergibt sich einfach daraus, daß die Rechtsordnung ein berechtigtes Interesse am Unsinn (wie z. B. am Bestehenbleiben der Bestrafung bei Aufhebung der Schuldigsprechung, also »Verurteilung« sine titulo condemnationis und folgeweise ohne Möglichkeit eines Beisatzes, wozu verurteilt sein solle, das ist also in Wahrheit Nichtverurteilung) nicht anerkennt.

Zugleich wird bei solcher Wertbetrachtung klar, weshalb jetzt auf einmal gegenständliche Teilungen der Entscheidung auf den Plan treten, denen die Rechtsordnung bis zum Urteil derart abhold war, daß die

Verselbständigung der Bestandteile zu eigener »Entscheidung« ausgeschlossen war[14]. Bis zum Urteil erster Instanz flossen die Interessen aller Beteiligten, die der Parteien wie die des Staats als Unparteiischen, derart einheitlich zusammen, daß nur die den Prozeßgegenstand ganz in einem Gusse erledigende Entscheidung sachgemäß war. Nach dem Urteil gewinnt der Prozeß ein anderes Gesicht: jetzt ist es nur die Forderung des Rechtsmittelwerbers, die die Aufgabe des Gerichts begrenzt.

Deshalb kann er insbesondere auch den Schuldspruch unbemängelt lassen und nur den Strafausspruch angreifen. Denn die Schuldfragebejahung ist ein charakteristischer Bestandteil der Entscheidung, und seine logische Trennbarkeit ist geradezu evident; wie könnte auch sonst im Schwurgericht die Trennung praktisch durchgeführt sein? Was v. Kries[15]) und Schlayer[16]) dagegen anführen, ist eine deutliche Verwechslung einmal von logischer Trennbarkeit und logischem Bedingungsverhältnis, das ja gerade die logische Scheidung des Bedingten und des Bedingenden voraussetzt, und sodann eine fehlerhafte Umdeutung der Gemeinschaftlichkeit von Durchgangsfeststellungen für beide Entscheidungsbestandteile (von der unten noch die Rede sein soll) in logische Untrennbarkeit dieser letzteren selber.

(Daß das Teilungsprinzip dann auch für die jenseits der Schuldfrage liegenden Entscheidungsbestandteile gilt, sei nebenbei bemerkt[17].)

Damit wird auch deutlich, daß man von vornherein nicht darauf sein Forschen richten darf, ob denn das Gesetz Anhaltspunkte für die Annahme einer Zulässigkeit der Teilung bietet, um sich bei Schweigen oder in dubio gegen die Zulässigkeit zu entscheiden[18]), sondern umgekehrt darauf abzuheben ist, ob das Gesetz der das ganze Rechtsmittelinstitut charakteristischen Grunderwägung, die die Zulässigkeit

---

14) Oben S. 168. 15) Rechtsmittel, S. 100 ff. 16) Ztschr. f. StRW. 23, 722.

17) Deshalb völlige Trennbarkeit des eine Gesamtstrafe verhängenden Urteilsbestandteils, sodaß bei der Rüge, daß die Vorschriften über Bildung einer Gesamtstrafe verletzt seien, das Revisionsgericht mit der Prüfung der Schuld- und Straffragebeantwortung hinsichtlich der Einzelstrafen nicht befaßt wird. Das Reichsgericht geht in 40, 274 und dort angeführten älteren Entscheidungen, insbesondere 37, 284, in Ansehung dieser Frage die gleichen falschen Wege, wie es sie eingeschlagen hat, um sich bei der Rüge des Ne bis in idem der Prüfung der umfassenden »Anwendung des Strafgesetzes (§ 391 II StPO.) zu entziehen. Auch hier ist aber ein richtiges Ergebnis nur falsch begründet. Es bedarf nur der Klarheit darüber, daß die Auswerfung der Einzelstrafen hinsichtlich der anhängigen Taten Bestandteil der Entscheidung selbst ist und nicht etwa bloß in die »Gründe« gehört. Das habe ich in der Ztschr. f. StRW. 38 (im Erscheinen) näher dargelegt. Sondern sich so die Auswerfung der Einzelstrafen und die Gesamtstrafe im Urteilstenor als stufenweise wie im Verhältnis des Schuldspruchs zum Strafausspruch, aufeinanderfolgende Bestandteile der Entscheidung, so ist klar, daß die bloße Anfechtung der Gesamtstrafsetzung eine gegenständliche Teilung des Rechtsmittels ist, und somit die Einzelstrafen mitsamt dem ihnen zugrunde liegenden Syllogismus das Rechtsmittelgericht nichts angehen.

18) So Schlayer, Ztschr. f. StRW. 23, 717.

der Teilung ohne weiteres ergibt, irgendwo aus besonderen Gründen Abbruch tue.

So ist es also ganz richtig, wenn das Reichsmilitärgericht 8, 115 ff. ein »Parteiprinzip« in die Rechtsmittelinstanz hineingetragen findet. Der Staat als unparteiischer Beurteiler scheidet durch den Urteilsspruch ja aus dem Prozeß ganz aus, so lange, bis er durch die Partei zu seiner Tätigkeit als Unparteiischer wieder aufgerufen wird; und dieser Aufruf ist nichts als ein Aufruf zur Abstellung der gravamina, so daß die neue Gerichtstätigkeit sich nur in diesem Rahmen zu bewegen hat[19]). Der lebhafte Widerspruch, den Gerland[20]) gegen diese Auffassung erhoben hat, und der darauf hinauskommt, daß entgegen der herrschenden Meinung die Straffrage nicht für sich selbständig anfechtbar sei, scheitert schon an der Erwägung, daß jenes Parteiprinzip schon in dem zeitlich ersten Akt des Rechtsmittelverfahrens zum Vorschein kommt: ohne Rechtsmittelerklärung der Partei überhaupt keine Rechtsmittelinstanz[21])! Bei Gerlands Grund-

[19]) Anschaulich Birkmeyer, Strafprozeß, S. 78: »Wenn der Strafanspruch des Staates einmal vor dem zu seiner Erledigung in erster Instanz berufenen Gerichte geltend gemacht, von diesem unter Festhaltung des Offizialprinzips geprüft und auf möglichst der materiellen Wahrheit konformer Grundlage über ihn geurteilt worden ist, so darf der Staat annehmen, daß er damit seiner Strafverfolgungspflicht in einwandfreier Weise endgültig genügt habe. Eine Nachprüfung aller strafgerichtlichen Entscheidungen ex officio ist also auf der einen Seite nicht geboten; sie wäre andererseits auch wegen Überbürdung der höheren Instanzen undurchführbar. Deshalb bleibt die Veranlassung einer solchen wiederholten Prüfung den Parteien in der Form überlassen, daß ihnen das Recht der Anfechtung durch Rechtsmittel überlassen wird.« S. 687: »Die Erzielung gerechter Entscheidungen liegt im öffentlichen Interesse. Darum könnte es geboten erscheinen, daß alle gerichtlichen Entscheidungen v. A. w. wiederholt übergeprüft würden. Allein eine solche Nachprüfung ist unnötig und unausführbar. Darum erfolgt die Nachprüfung nur auf Anfechtung seitens der an einer weiteren Entscheidung interessierten Prozeßbeteiligten hin. So werden also die Rechtsmittel zu Rechten in der Hand dieser Prozeßbeteiligten, über welche die letzteren freie Verfügung haben. Das öffentliche Interesse wird durch die Geltendmachung der Interessen der Prozeßbeteiligten implicite mitgewahrt.« Vgl. weiter Birkmeyer a. a. O. S. 695, IV 2a, sowie Rosenfeld, Lehrbuch, 4./5. Aufl., § 88 III 8, § 90, S. 256, Anm. 3, Kleinfeller, GerSaal 38, 579, Karl Meyer, Bl. f. RAnwendung 67, 131.

[20]) Krit. Ztschr., N. F. 9, 589; GerSaal 69, 339.

[21]) v. Kries, Rechtsmittel 103, bestreitet das Zwingende des Schlusses vom Ob des Rechtsmittels auf den Umfang seiner Wirkung. Er hat natürlich damit ganz recht, daß die Gesetzgebung sehr wohl bestimmen kann, daß eine höhere Instanz zwar nicht ohne Parteianfechtung, bei Parteianfechtung aber doch über deren erklärten Umfang hinaus prüfungs- und entscheidungsberechtigt sein soll. Aber der springende Punkt ist der, daß solche Abweichung von der geraden Linie immer der besonderen Rechtfertigung bedürfen würde und man diese Sonder-ratio mit der prinzipiellen ratio irgendwie im Sinne eines Verhältnisses von Regel und Ausnahme in Einklang setzen müßte. Daran fehlt es bei v. Kries ganz. Seine Ausführungen lassen sogar die notwendige scharfe Scheidung zwischen Teilung der Anfechtung dem Gegenstande nach und Teilung im cur vermissen. Vgl. gegen v. Kries auch Birkmeyer, Strafprozeß S. 710, Anm. 52: »Die Ansicht von v. Kries führt dazu, die Bestimmung des § 368 StPO. zum größten Teile illusorisch zu machen.«

auffassung, daß »der Strafprozeß kein Zivilprozeß« sei — was an sich natürlich ganz richtig ist — und deshalb sozusagen automatisch das allgemeine Prinzip der Ungebundenheit des Gerichts durch die Parteibegehren auch für die Rechtsmittelinstanzen gelten müsse, müßte man erwarten, daß auch ex officio eine Überprüfung des untergerichtlichen Urteils eingeleitet und durchgeführt werden könnte. Deshalb ist auch Gerlands von Schlayer[22]) geteilte Meinung, das oberste Prinzip des Strafprozesses sei das der materiellen Wahrheitserforschung, eine petitio principii. Dieses Prinzip kann sogar seiner ganzen Natur nach erst da auftauchen, wenn man weiß, was überhaupt das Thema ist, das in diesem Verfahren Beantwortung finden soll. Man kann das, wenn man will, so ausdrücken, daß das »oberste« Prinzip des (Gesamt-) Strafprozesses das der exakten Einhaltung der gegenständlichen Schranken ist, die sich aus der Klage ergeben. Wäre es anders, wäre das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung, wie es Gerland versteht, höher, so müßte in jedem Strafprozeß allen beliebigen Strafsachen ein Urteil zugewendet werden können. So beweist auch das Wahrheitserforschungsprinzip nichts gegen die Spaltbarkeit der Rechtsmittel nach Schuld- und Strafausspruch. Erst wissen, worum es sich handelt, dann innerhalb dieses Rahmens materielle Wahrheitserforschung! Daß, worauf Gerland[23]) noch besonders hinweist, die zuungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel auch zu dessen Gunsten wirken, kann Gerlands Auffassung nicht stützen; der Staat als klagende Partei ist stets doppelseitig interessiert, mag auch das Klageorgan, der ihn repräsentierende Einzelne, das gravamen für den Staat in zu großer Milde des Urteils finden; zeigt sich also, daß das gravamen für den Staat in zu großer Härte bestand, so liegt die Milderung durchaus in der Richtlinie des Rechtsmittels[24]). Müßte doch sonst auch, wenn das Rechtsmittelgericht bei einem zuungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel in umgekehrter Richtung entscheidet, der Tenor unausweichlich dahin lauten, daß das Rechtsmittel als unbegründet verworfen werde (unter Anschluß einer besonderen Entscheidung mit Freisprechungs- usw. Inhalt), während doch selbstverständlich das Rechtsmittel hier erfolgreich ist und deshalb in der Praxis nie anders tenoriert wird als: »Auf die Berufung (Revision) der Staatsanwaltschaft wird ... aufgehoben und ...« Noch viel weniger schlagen die Einwendungen durch, die Schlayer[25]) aus der Aufeinanderfolge zweier höherer Instanzen gegen die Teilungsmöglichkeit herleitet[26]).

---

[22]) Ztschr. f. StRW. 23, 714. [23]) Ebenso Schlayer, Ztschr. f. StRW. 23, 725.

[24]) Vgl. Kleinfeller, GerSaal 38, 581. [25]) a. a. O. S. 726.

[26]) Es handelt sich um drei Prozeßgestaltungen: 1. Der Angeklagte hatte das Erstinstanzurteil nicht oder nur teilweise angegriffen, der Staatsanwalt aber umfassend Berufung eingelegt. Dann ist natürlich die Strafsache durch diese letztere Tatsache voll an das Berufungsgericht devolviert, es hat nichts Befremdliches, daß der Angeklagte das Urteil voll mit Revision anfechten kann. Der Verzicht auf Berufung gegen das Urteil der ersten Instanz war ja doch nur ein Verzicht nach Maßgabe der gegenwärtigen Prozeßlage. 2. Der Angeklagte hatte allein gegen das Erstinstanzurteil Berufung eingelegt; gegen das Berufungsurteil steht dem

2. Selbständig neben der unter 1 behandelten Frage steht, wie oben gezeigt, die Frage nach der Bedeutung einer Selbstbeschränkung des Anfechtenden im cur der Anfechtung. Sie ist im Gesetz deutlich beantwortet hinsichtlich der Revision; für die Berufung treten Auslegungszweifel auf. Um ihrer Herr zu werden, wird man damit zu beginnen haben, daß der wertende Gedankengang hier von Hause aus kein anderer ist als hinsichtlich der gegenständlichen Rechtsmittelteilung. Folgt nämlich die Rechtsmittelprüfung dem Gegenstande nach grundsätzlich nur dem geltend gemachten Bedürfnis des einzelnen Rechtsmittelwerbers, so ist von Hause aus nicht abzusehen, weshalb ihm da, wo er sich in der Begründung beschränkt, nicht gleichfalls gefolgt werden soll. Ganz getrennt zu halten ist hier noch die Frage, ob von ihm eine Spezialbegründung gefordert werden soll; denn auch wenn sie nach dem Gesetz nicht nötig wäre, der Rechtsmittelwerber sie aber aus freien Stücken gibt, ist damit von ihm ein Bedürfnis nach umfassender Prüfung verneint. In diesem Sinne erscheint der § 392 I StPO. (§ 410 I MStGO.) als diejenige Regelung, die man normalerweise für den ganzen Bereich der Rechtsmittel erwarten sollte: quae pars non prosequitur, non curat praetor. Soll außerhalb der Grenzpfähle dieser Paragraphen anderes gelten, so handelt es sich um Ausnahmen, die besonderer gesetzlicher Regelung oder, wo diese versagt, der Zurückführung auf eine die allgemeine Interessenabwägung durchkreuzende besondere ratio bedürfen.

Inwieweit nun innerhalb der Rechtsmittelbegründung eine Heraushebung bestimmter gravamina durchführbar ist, soll hier nicht ex professo erörtert werden; der leitende Faden wird dabei natürlich wiederum die logische Spaltbarkeit sein, nicht um ihrer selbst willen, sondern weil die Anerkennung eines Interesses am logisch Unklaren dem Rechtsmittelwerber vom Recht sichtlich geweigert wird; er soll gewiß nicht im Trüben fischen. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird es genügen, einiges Grundsätzliche festzustellen.

a) Hier und hier erst ist die Stelle, an der die Frage auftaucht, ob, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, die Anfechtung auf die »Tatfrage-

---

Staatsanwalt Revision genau in dem Umfange zu, in dem die Sache in die Berufungsinstanz devolviert ist; darüber hinaus nicht — Verbot der reformatio in pejus. Wenn man eine reformatio in pejus in dem Sinne gestattet, daß die Revisionsinstanz über das durch die Berufungseinlegung des Angeklagten umrissene Gebiet in durius übergreifen dürfe, und daraus den Schluß zieht, daß jene Berufungseinlegung eben nicht einschränkend wirke, so ist dies eine sichtliche petitio principii. Es verhält sich — an der Hand von Erwägungen von der ratio aus — gerade umgekehrt: weil die Berufung nach Maßgabe ihres Inhalts den Umfang der Devolution bestimmt, deshalb ist das Verbot der reformatio in pejus nicht in dem engen Sinne (»keine härtere Strafe«) zu verstehen. Vgl. unten S. 203. 3. Der Angeklagte allein hatte Berufung eingelegt mit Beschränkung auf den Strafausspruch; seine Revision kann auch nur diesen betreffen; die Meinung Schlayers, er könne »das ganze Urteil« anfechten, ist schon deshalb abwegig, weil es hier ein »ganzes« Urteil in der Berufungsinstanz — überhaupt nicht gibt, das berufungsgerichtliche Urteil gar nichts über die Schuldfrage sagt! Zutreffend Kammergericht in diesem Archiv 55, 22.

entscheidung« und auf die »Rechtsfrageentscheidung«, jede für sich allein, beschränkt werden kann. Die Ausdrucksweise ist sehr unglücklich. Es gibt weder eine Tatfrage-, noch eine Rechtsfrageentscheidung, sondern was man so nennt, sind Durchgangsfeststellungen im Syllogismus der Entscheidung. Manche Unklarheiten sind gerade bei diesem Problem dadurch verursacht worden, daß man die Frage der gegenständlichen Anfechtungsteilung mit derjenigen der Teilung im cur der Anfechtung zusammengeworfen hat[27]).

Daß nun die Tat-(besser: Tatsachen-)frage logisch ein von der Rechts- (und Subsumtions-)frage reinlich gesondertes Element im Urteilssyllogismus ausmacht, ist so sicher, daß die Bestreitung überhaupt alle richterliche Entscheidungstätigkeit auf den Sand setzt. Denn die richterliche Aufgabe dabei ist die, die Lebenskonkreta auf der einen Seite, die rechtlichen Wertungssätze auf der anderen Seite ins klare zu setzen, um vermittelst Subsumtion den Weg zur Entscheidung zu finden. Nun ist es ganz richtig, daß sich die Frage: um welche Tatsachen handelt es sich? und die andere: welche rechtlichen Gesichtspunkte in Frage kommen, wechselseitig bis zu dem Augenblick beeinflussen, in dem die Entscheidung alles Suchen abschließt. Weil deshalb der Suchende im Zickzack vom Tatsächlichen zum Rechtlichen, von da aus wieder zum Tatsächlichen usw. geführt werden kann, ist es praktisch sowohl verfehlt, die Feststellung des Tatsächlichen und die rechtliche Beurteilung auf verschiedene Prozeßzeitpunkte, wie auch, sie auf verschiedene Subjekte zu verteilen[28]). Nur ändert sich das Bild völlig mit dem Augenblick, in dem das Urteil fertig vorliegt. Jetzt handelt es sich nur um die kritische Nachprüfung, und dieser steht das praktische Bedenken nicht mehr entgegen. War die logische Geteiltheit schon vorher gegeben, so gesellt sich jetzt zu ihr auch die praktische Möglichkeit der Sonderung. Wäre doch sonst auch unbegreiflich, wie die Revision wegen innerer (»materiellrechtlicher«) Urteilsverstöße im geltenden Recht geradezu auf dieser Zerlegung aufgebaut sein könnte. Begrenzt sich also das Bedürfnis des Rechtsmittelwerbers so, daß er den Beschwerdepunkt nur innerhalb der Tatfragelösung oder nur innerhalb der Rechtsfragelösung findet, weshalb sollte ihm prinzipiell verwehrt sein, das Rechtsmittel so zu beschränken? Oder von der anderen Seite betrachtet: weshalb soll dem Rechtsmittelgericht eine über das Bedürfnis des Rechtsmittelwerbers hinausgehende Mühe und Arbeit aufgehalst werden?

b) Das geltende Recht geht nun tatsächlich über die ratio insofern hinaus, als es für die sogenannte »materiellrechtliche« Revision innerhalb der dabei allein in Betracht kommenden Rechtsfragelösung die spezifizierte Rüge des Rechtsmittelwerbers als den Umkreis der revisionsrichterlichen Prüfung nicht einengend behandelt (StPO. § 392 II,

---

[27]) So finde ich mich wegen S. 441, Abs. 3 meines Lehrbuchs trotz Anm. 25 und S. 372 das. öfter als Anhänger der Auffassung zitiert, die sich gegen die Beschränkung der Rechtsmittel auf die Tat- oder die Rechtsseite des Falles sträubt.

[28]) Vgl. meine Ausführungen in der Ztschr. f. StRW. 37, 381.



MStGO. § 410 II). Ich kann hierin nur eine Rücksichtnahme auf sehr verwaschene Billigkeitserwägungen erblicken, die sich zudem unklar mit der Frage verkoppelt haben, ob man es dem Rechtsmittelwerber zumuten solle, eine spezifizierte Rüge anzubringen. Von letzterer Frage soll noch unten die Rede sein[29]). Jedenfalls will auch dann, wenn dem Rechtsmittelwerber gestattet ist, lediglich generell zu rügen, daß das Urteil innerlich juristisch nicht in Ordnung sei, nicht recht einleuchten, weshalb da, wo er einen bestimmten Rechtspunkt als alleiniges gravamen herausgreift, noch darüber hinausgehend viel — meist leere — Arbeit geleistet werden soll.

Was die Berufung anlangt[30]), so wäre schon nach den grundlegenden Ausführungen von vornherein anzunehmen, daß sich die Rechtsmittelprüfung da, wo sich der Berufungswerber im cur der Anfechtung beschränkt hat, bis zu der Grenze der logischen Trennbarkeit in dieser Richtung allein zu bewegen hat. Zum Überflusse spricht § 359 StPO. noch besonders aus, daß die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden kann. Schon sprachlich liegt es doch viel näher, bei »Beschwerdepunkt« an einen Punkt im cur zu denken. Dazu kommt, daß der § 359, auf die gegenständliche Teilung der Berufung bezogen, gänzlich sinnlos ist, weil die Einbannung der Berufung hinsichtlich des Gegenstandes der Berufung ja in den §§ 368, 357 verordnet ist, und daß sich § 359 an den von der Begründung der Berufung handelnden § 358 unmittelbar anschließt. Gründe genug, um in § 359 nur noch die Bestätigung des ohnehin Normalen zu finden! Deshalb kann der Berufungswerber namentlich gegen den rechtlichen Teil des Urteilssyllogismus allein seinen Vorstoß richten (wie wenn er Revision einlegte), umgekehrt lediglich die Tatsachenfeststellung bemängeln; er kann aber auch die Aufgabe des Berufungsgerichts noch weiter eingrenzen, z. B. seinen Angriff nur gegen eine einzelne Feststellung im Syllogismus (bzw. gegen deren Fehlen) richten, sei es in facto oder in jure oder in beiderlei Hinsicht; endlich auch lediglich den prozessualen Unterbau antasten. Die Einwendungen von Schlayer[31]), gehen darauf hinaus, daß bei der hier vertretenen Auffassung eine partielle Rechtskraft der Entscheidungsgründe herauskomme, während doch die Rechtskraft und ihre Hemmung sich nur auf den gegenständlichen Umfang des Urteils beziehen; er operiert insbesondere mit der Unmöglichkeit einer »partiellen Rechtskraft hinsichtlich bestimmter rechtlicher Gesichtspunkte«. Aber es gilt hier, vorab Ordnung in die Terminologie zu bringen. Eine »partielle Rechtskraft hinsichtlich bestimmter rechtlicher Gesichtspunkte« gibt es insoweit, als diese innerhalb des Gegenstandes der Anfechtung, also im Urteilstenor, liegen (vgl. unten III); hinsichtlich der nur im Urteilssyllogismus liegenden gibt

---

29) Vgl. S. 196.

30) Vgl. dazu mein Lehrbuch, S. 572.

31) Ztschr. f. StRW. 23, 710, Anm. 11. Wie Schlayer auch Heslenfeld, Ztschr. f. RPfl. in Bayern 12, 305.

es, wie überhaupt keine Rechtskraft, so auch keine partielle[32]). Wenn der Berufungswerber den Schuldspruch ganz angreift, aus dem großen Gebiete des cur aber nur eins herausgreift, so ist gar nichts rechtskräftig geworden: der Schuldspruch nicht, weil ganz angefochten; der Unterbau nicht, weil nicht rechtskraftfähig. Dieser Unterbau ist auch nicht etwa für das Berufungsgericht »bindend«; sondern er geht das Berufungsgericht nur nichts an. Erweist sich der »Beschwerdepunkt« als durchgreifend, so hat das Berufungsgericht das untergerichtliche Urteil aufzuheben und die daraus gegebene Konsequenz für den Schuldspruch zu ziehen. Erweist sich der Beschwerdepunkt als verfehlt, d. h. stimmt er nicht oder ist er nicht imstande, schon für sich allein das mit der Berufung angestrebte Entscheidungsergebnis zu liefern, so ist auf weiteres nicht einzugehen, sondern die Berufung als unbegründet zu verwerfen. Die Partei hat ja eben alles auf eine Karte gesetzt. Das macht zugleich den großen praktischen Wert der hier vertretenen Auslegung aus; durch sie wird alles auf den dem Berufungswerber wesentlichen Punkt konzentriert und viel unnütze Arbeit gespart. Wozu z. B. eine nochmalige Beweisaufnahme, wäre es auch in der durch § 366 StPO. gestatteten abgekürzten Art und Weise, wenn der einzige Zweifelspunkt ein rechtlicher ist? Wozu eine Beweisaufnahme über das Ganze, wenn es sich z. B. nur um die Glaubwürdigkeit eines Alibizeugen handelt? Gewiß läßt sich der einzelne tatsächliche Beschwerdepunkt vielfach nur durch Aufrollung der ganzen Beweisaufnahme oder namhafter Teile davon klarstellen; dann muß das natürlich geschehen; aber wogegen man sich wehren sollte, das ist die Schablone, die auch da und soweit leeres Stroh zu dreschen gebietet, wo und soweit diese Aufrollung gar nicht veranlaßt ist. Wozu endlich eine neue Beweisaufnahme, wenn der Berufungswerber den Urteilssyllogismus überhaupt nicht angegriffen, sondern z. B. nur Unzuständigkeit des Gerichts geltend gemacht hat?

3. Trotz der gebotenen scharfen Scheidung zwischen gegenständlicher Beschränkung des Rechtsmittels und punktueller Beschränkung im Anfechtungsgrunde macht sich nun aber der Umstand fühlbar, daß der die Anfechtung Erklärende — eben ein Mensch ist, und deshalb möglicherweise seine Erklärung über das »quid« der Anfechtung mit seiner Erklärung über das »cur« der Anfechtung nicht zusammenstimmt. Wie es z. B. vorkommen kann, daß er, um den Schuldspruch umzustoßen, ein Argument anführt, das bloß den syllogistischen Unterbau des Strafausspruchs angeht, so kann es auch vorkommen — und das ist es, was uns endlich in den Mittelpunkt unseres Themas hineinführt —, daß er mit der ausdrücklichen Erklärung, er fechte die Schuldfragebejahung nicht an, einen Anfechtungsgrund verbindet, der, wenn richtig, die Verneinung der Schuldfrage mitbedingt. Das eben ist es, was die Schwierigkeiten hervorruft.

---

[32]) Deshalb ist zwischen S. 593 und S. 589 meines Lehrbuchs auch kein Widerspruch vorhanden, wie Schlayer meint; S. 593 betrifft den Schuldspruch selber, S. 590 seine Unterlagen.

4. Ein Weiteres kommt noch hinzu. Es gibt prozeßrechtliche Verfahrensvoraussetzungen, deren Gegebensein das Rechtsmittelgericht von Amts wegen zu prüfen hat[33]). Deshalb kann auch in den Fällen, in denen bei gegenständlicher Teilung des Rechtsmittels der vom Rechtsmittelwerber angeführte Beschwerdepunkt nur in den angefochtenen Teil der Entscheidung einschlug, immer noch das Rechtsmittelgericht von sich aus zu einer Feststellung gelangen, die ihrem Inhalte nach den unangefochtenen Schuldspruch miterschüttert.

Aber bevor wir diesen »kranken« Fällen im Sinne von Ziffer 3 und 4 nähertreten, ist es geboten, zunächst festzustellen, welche Bedeutung in den normalen Fällen, in denen das vom Rechtsmittelwerber erklärte »cur« seines gegenständlich auf die Straffragebejahung beschränkten Rechtsmittels auf die Schuldfrage nicht übergreift, und auch kein von Amts wegen aufzugreifender gemeinschaftlicher Prezeßverstoß vorliegt, jener Selbstbeschränkung des Rechtsmittelwerbers zukommt.

III. Die Rechtskraft des unangefochtenen Schuldspruchs.

Mit Bezug auf diese soeben aufgeworfene Frage drückt man sich gewöhnlich dahin aus: die Schuldfragebejahung »werde rechtskräftig«. Das ist zutreffend, sagt doch auch das Gesetz selbst, daß die Rechtskraft des Urteils nur »soweit es angefochten ist«, gehemmt wird (StPO. §§ 357, 383, MStGO. §§ 383, 405); nur soll man nicht wähnen, daß damit alles gesagt sei. Man kann unter »Rechtskraft« sehr Verschiedenes verstehen. Zweierlei ist es, woran man denken kann[34]). Das erste ist, daß vermöge der Rechtskraft die abgeurteilte Angelegenheit fortan aus dem Kreise von Aufgaben, mit deren sachlicher Erledigung sich die Gerichte zu befassen haben, ausgeschieden ist so, daß in Ansehung dieses Prozeß- und Urteilsgegenstandes »das Strafklagerecht verbraucht«, »die Strafverfolgung unzulässig ist«; das bedeutet, daß alle Sachentscheidungen über diesen Gegenstand abzulehnen sind; und ist über diesen sachlich überhaupt nicht mehr zu urteilen statthaft, so ergibt sich vollends die »Unumstoßbarkeit« der rechtskräftigen Entscheidung, Umstoßung wäre ja nicht bloß Sachentscheidung, sondern sogar gegenteilige oder wenigstens abweichende Sachentscheidung[35]). Das zweite, woran man denken kann, ist, daß vermöge der Rechtskraft der Inhalt des Urteils

---

[33]) Wie weit die Revisionsinstanz bei solcher Amtsprüfung zu gehen hat, wird heute noch recht kasuistisch bestimmt. Fast mehr noch herrscht Streit hinsichtlich der berufungsgerichtlichen Amtsprüfung. Es wird sich später Gelegenheit ergeben, das grundsätzlich bestimmende Leitprinzip aufzuzeigen (vgl. S. 191).

[34]) Ich hebe hier natürlich aus der Rechtskraftlehre nur das heraus, was hier interessiert.

[35]) Möglich ist natürlich auch, die »Rechtskraft« bloß als Unumstoßbarkeit zu fassen, so daß zwar nochmaliger sachlicher Entscheidung nichts im Wege steht, nur daß diese nicht abweichend lauten kann. Für den Strafprozeß, wo das Ne bis in idem allseitig anerkannt ist, ist diese »Art« von Rechtskraft nicht weiter zu verfolgen.

»bindend« ist, so daß, wenn dieser Inhalt als Thema einer Durchgangsfeststellung hinsichtlich eines anderen, einer Entscheidung unterstellten Themas in Betracht kommt, das Gericht gehalten ist, diesen Urteilsinhalt kritiklos in seinen Syllogismus bzw. in den noch tiefer liegenden Unterbau seines Urteils einzusetzen.

In der Tat eignen diese Charakteristika auch dem nicht angefochtenen Schuldspruch.

a) Das erste Charakteristikum ergibt sich aus der Erwägung, daß gerade der Rechtsmittelwerber maßgebend erklären kann, daß die Schuldfragebejahung von ihm hingenommen werde. Sie scheidet damit aus dem Interessenkreis des Strafprozesses aus. Das Rechtsmittelgericht hat nicht die Aufgabe, dorthinüberzugreifen. Der Schuldspruch, ob richtig oder falsch, geht es nichts an, es kann sich mit diesem Bestandteil des ursprünglich vollen Urteilsthemas überhaupt nicht mehr befassen, geschweige denn ihn »umstoßen«[36]). Und mit ihm scheidet der ganze Unterbau des Schuldspruchs (der innerliche, wie der prozessuale) aus dem Aufgabenkreise des Rechtsmittelgerichts aus, diente er doch eben nur dem Tenor. Ist man mit dem Entscheidungsbestandteil selber nicht mehr befaßt, so interessiert auch nicht mehr, welche Durchgangsfeststellungen zu ihm hinführten. Nur ist von größter Bedeutung, daß gerade weil die Durchgangsfeststellungen ihrer Zweckbestimmung gemäß nie absolute, sondern nur relative Bedeutung haben, die dem Schuldspruch geltende Unterbauung nur als Unterbau des letzteren interesselos geworden ist. Hat das Thema, dem sie gelten, gleichzeitig Bedeutung darüber hinaus, so ist die Durchgangsfeststellung insoweit durch die »Rechtskraft des Schuldspruchs« keineswegs mit abgetan; erneute, auch widersprechende Durchgangsfeststellung für jenen anderen Zweck ist nicht verschränkt. Sowenig das Rechtsmittelgericht selber in der Schuldfrage noch Recht sprechen und gar etwa freisprechen kann, so sehr kann es einen Umstand, der zur Freisprechung hätte führen sollen, so, wie es ihn tatsächlich und rechtlich erfaßt, in den die Straffragebeantwortung tragenden Unterbau einstellen, um ihn wenigstens dort (im Sinne der Herabdrückung der Strafe auf ihr Minimum) zu verwerten. Denn eben das ist ja seine Aufgabe, allen Interessen des Rechtsmittelwerbers, die den angefochtenen Entscheidungsbestandteil betreffen, Rechnung zu tragen. Die Straffragebeantwortung mit ihrem ganzen Unterbau ist eben noch in lite.

b) Aber auch wenn man Rechtskraft im Sinne der Verbindlichkeit des Urteilsinhalts nimmt, läßt sich der unangefochten gebliebene Schuldspruch als rechtskräftig geworden bezeichnen. Denn es versteht

---

[36]) Deshalb war es in sich widerspruchsvoll, wenn das Reichsmilitärgericht bis zu dem Plenarbeschluß 8, 115 die Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffrage als wirksam anerkannte und gleichwohl dem Rechtsmittelrichter die Befugnis zugestand, die Schuldsubsumtionsfrage nachzuprüfen und eventuell freizusprechen. Vgl. meine von dem Plenarbeschluß als richtig anerkannte kurze Kritik zu der früheren Judikatur in Ztschr. f. StRW. 24, 273. »Ein rechtskräftiger Schuldausspruch, der beseitigt werden kann, ist eine contradictio in adjecto«; so richtig Schlayer, Ztschr. f. StRW. 23, 716 Anm. 25. Näheres unten S. 188f.



sich, daß das in lite gebliebene Entscheidungsstück, der Strafausspruch, auf die Durchgangsfeststellung gestützt sein muß, daß der Angeklagte schuldig sei. Ein bloßes Dahingestelltseinlassen, ob Schuld im Strafprozeßsinne gegeben ist, würde sich mit der Fällung eines auf Strafe lautenden Urteils nicht vertragen. Ist es nun dem höheren Gericht verwehrt, selber einen sachlichen Ausspruch hierüber zu tun, so bedeutet das eben, daß es sich den unangefochtenen Schuldspruch inhaltlich als nunmehrigen Bestandteil im Syllogismus des Strafausspruchs aneignen muß.

Schon hier aber taucht die Eigennatur der dem Schuldspruch zuzuschreibenden Rechtskraft auf. Diese »Verbindungskraft« ist nämlich einesteils sonst gerade nicht ein Rechtskraftmerkmal im Strafprozeß. Das rechtskräftige Strafurteil, das den A wegen (z. B.) einer Sachbeschädigung zu Strafe verurteilt, also tenormäßig ausspricht, daß er der Tat als einer strafbaren Handlung, und zwar Sachbeschädigung, schuldig sei, hindert im Prozeß gegen den B (etwa als Teilnehmer) das Gericht in keiner Weise, die Tat des A zu verneinen, obwohl doch das Thema, das im Prozeß gegen A Thema eines Entscheidungsbestandteils war, im Prozeß gegen B als Thema einer Durchgangsfeststellung im Syllogismus auftritt. Ebensowenig zwingt ein rechtskräftiges Urteil das Gericht in einem neuen Strafprozeß gegen denselben Täter wegen einer anderen Tat zur unveränderten Einstellung seines Tenors in den Urteilssyllogismus[37]). Und anderenteils heftet sich die Verbindungskraft umgekehrt gerade auch an Entscheidungen, die nicht rechtskraftfähig

[37]) Das ist auch in den Fällen nicht anders, in denen der jetzt anhängige Prozeß nur ein gesetzlich vorgeschriebenes oder zugelassenes Nachverfahren zur Erledigung solcher Rechtsfolgen der identischen Tat ist, die nach allgemeiner Regel ein unselbständiges Stück des Prozeßgegenstandes des Erstprozesses gewesen wäre, so daß ohne die gesetzliche Sonderbestimmung dem Nachprozeß das Ne bis in idem entgegengestanden haben würde, wie nach § 42 II MStGB. Hier ist dem Richter im Zweitprozeß zwar verwehrt, von dem Inhalt des rechtskräftigen Urteils des Erstprozesses etwas abzubrechen, ihn beschäftigt nur der übriggebliebene Rest der vormals umfassenden Angelegenheit. Aber wenn er bei dieser seiner Aufgabe (z. B.: soll ich Degradation verhängen?) Feststellungen über ein Thema braucht, das im Tenor des rechtskräftigen Vorderurteils festgestellt ist, so braucht er diese alte Feststellung nicht kritiklos zu übernehmen. Vielmehr schlägt auch hier der Gedanke durch, daß wenigstens die neu zu ordnende Lebensangelegenheit fehlerfrei zu ordnen ist, mag auch wegen des Abgetanseins der alten der Fehler für diese in den Kauf genommen werden müssen. Besonderer Auslegung bedarf nur die Frage, ob das Gesetz die restierende Rechtsfolge nicht sowohl (woran bisher gedacht wurde) als Rechtsfolge der Tat, sondern vielmehr als Rechtsfolge der Tatsache des rechtskräftigen Vorderurteils meint; in letzterem Falle gehört in den Urteilssyllogismus des Urteils eben weiter nichts hinein als diese letztere Tatsache. Auf einem anderen Blatte steht dann noch die Frage, ob das Gericht im Nachprozeß das alte Urteil mit Tenor und Syllogismus in seinen Syllogismus einfach übernehmen darf. Diese Frage wird auch derjenige, der sonst solche Herübernahme vorprozessualer Feststellungen für unstatthaft erachtet, bejahen, derart, daß eine Notwendigkeit, zu neuen Erhebungen zu schreiten, nur bei Zweifeln, insbesondere bei Beanstandung durch die Partei, gegeben ist.

im gewöhnlichen Sinne sind; so ist, wie im Zivilprozeß das einer selbständigen Anfechtung nicht fähige Zwischenurteil, so im Strafprozeß der Spruch der Geschworenen, ohne »rechtskraftfähig« zu sein, doch bindend für den Gerichtshof.

Und eben diese letzte Parallele verhilft dazu, den Hauptunterschied zwischen der gewöhnlichen strafprozessualischen Urteilsrechtskraft und der »Rechtskraft« der nicht mit angefochtenen Urteilsbestandteile, insonderheit des Schuldspruchs, zu enthüllen. Die »bindende« Kraft des Verdikts reicht nämlich niemals über diesen Prozeß hinaus; ja sie reicht sogar innerhalb dieses Prozesses nur bis zur Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichtshofs. Sobald letzterer, wie er muß, den Inhalt des Wahrspruchs seinem Urteil als unverändert übernommenen Bestandteil eingefügt hat, ist keine Stelle mehr auch nur in der Lage, sich den Wahrspruch als solchen inhaltlich aneignen zu müssen; im Gegenteil, der Wahrspruchsinhalt kann in seiner nunmehrigen Eigenschaft als rezipierter Urteilsbestandteil durch Revision der Kritik unterstellt werden; und wenn er in concreto nicht Gegenstand revisionsgerichtlicher Nachprüfung wird, so liegt dies nicht daran, daß er als Wahrspruch verbindlich geworden wäre, sondern daran, daß der Rechtsmittelwerber den ihm entsprechenden Bestandteil des Gerichtshofsurteils unangefochten gelassen hat. Diese Beschränktheit der verbindenden Kraft ist es auch, die auch dem rechtskräftigen Schuldspruch sein Gepräge gibt und ihn dadurch, wie durch die sich damit verbindende Beschränktheit auch der »Abgetanheit«, zu dem, was sonst im Strafprozeß Rechtskraft heißt, in Gegensatz bringt — nur daß die Schranken andere als beim Verdikt sind.

Hier macht sich geltend, daß die Schuldbejahung, obwohl im vollen Range eines echten Entscheidungsbestandteils stehend, gleichwohl im Verhältnis zum Strafausspruch nichts anderes als eine Durchgangsfeststellung für diesen ist. Damit hängt es zusammen, daß die bloße Schuldfragebejahung, auf eigene Füße gestellt, ein strafprozeßrechtliches Nichts ist: man kann mit der Schuldigerklärung als solchen, mit der »Verurteilung (sub hoc titulo)« ohne Angabe, wozu verurteilt, für sich allein praktisch gar nichts anfangen. Sie erheischt vielmehr, um zu Kräften zu kommen, die Ergänzung durch den Strafausspruch. Und diese Ergänzung kann nach geltendem Recht nirgend anderswo erfolgen als eben im weiteren Verlauf dieses Prozesses; der Prozeßrest allein kann den Schuldspruch zur Vollentscheidung ergänzen. Bleibt im Rahmen dieses Prozesses der Strafausspruch derart aus, daß der Prozeß ohne solchen sein Ende nimmt, so verschwindet damit jede rechtliche Bedeutung des Schuldspruchs. Bringt andererseits der Prozeßrest einen rechtskräftigen Strafausspruch, so vereinigen sich nun die disjecta membra wieder zu einheitlichem »rechtskräftigen Urteil« über den Prozeßgegenstand als Ganzes, und in und mit ihm ist nun für künftige Verfahren de eadem re auch die Schuldfrageangelegenheit derart erledigt, daß kein Gericht nochmals sachlich darüber oder gar dagegen urteilen könnte.

So bedeutet also die Rechtskraft des Schuldspruchs anders als die Rechtskraft des Urteils im gewöhnlichen Sinne nur folgendes:

1. Der Schuldspruch bindet alle höheren (und die durch Zurückverweisung von dorther wiederbefaßten niederen) Instanzen dieses Prozesses, und nur sie.

2. Die Schuldfrageangelegenheit sachlich zu erledigen, sind gehindert a) die höheren Instanzen dieses Prozesses; b) wenn, aber auch nur wenn dieser Prozeß einen rechtskräftigen Strafausspruch bringt, die Strafgerichte überhaupt[38]).

(Daß bei einer im »cur« beschränkten Rechtsmitteleinlegung den nicht zu Beschwerdepunkten erhobenen Elementen im Urteilssyllogismus oder im prozessualen Unterbau keine »Rechtskraft« zukommt, wurde schon oben[39]) bemerkt, interessiert hier übrigens nicht weiter.)

IV. Die übergreifenden Urteilsverstöße.

So also ist die Prozeßrechtslage in den »normalen« Fällen, in denen sich das »cur« der Anfechtung ganz innerhalb des Rechtsmittelgegenstandes hielt, und auch keine Feststellung v. A. w. zu treffen ist, die darüber hinausgeht. Wie aber steht es in den oben schematisierten »kranken« Fällen?

Es empfiehlt sich hier, zunächst die Amtsprüfung beiseite zu stellen, weil sie in ganz besonderer Weise hineinschneit. Des weiteren aber ist es von Vorteil, zunächst die Fälle ins Auge zu fassen, in denen das Urteil — in Beschränkung auf den Strafausspruch — mit der Begründung angefochten worden ist, daß der prozessuale Unterbau des Gesamturteils nicht in Ordnung sei, in denen also eine sogenannte »Prozeßrüge« — besser »Rüge eines äußeren Urteilsverstoßes«[40]) — angebracht ist, die über den Strafausspruch hinaus den Schuldspruch in Mitleidenschaft zieht. Ist dann hierüber Klarheit gewonnen, so ist die Stellungnahme zu der Frage, wie übergreifende innere Urteilsverstöße wirken, nicht mehr schwierig.

1. Prozeßverstöße.

Die Prozeßrügen, durch die der Rechtsmittelwerber ein Urteil zu Falle bringen will, lassen sich in folgende Klassen teilen:

a) Das Gericht habe ein Sachurteil gefällt, obwohl das Verfahren nach dem Gesetz durch Formalentscheidung hätte beendet werden sollen.

---

[38]) Ist der Prozeß weder bis zum rechtskräftigen Strafurteil gediehen noch anderweit beendigt, so hat weder dasselbe Gericht in einem anderen Prozeß noch ein anderes Gericht von dem »rechtskräftigen« Schuldspruch Notiz zu nehmen. Daß hier Rechtshängigkeit das Eingehen auf den Prozeßgegenstand hindert, steht auf einem anderen Blatte. [39]) S. 178.

[40]) Daß die »Prozeßverstöße«, um die es sich bei der Anfechtung eines Urteils handelt, sämtlich darin bestehen, daß das Gericht das Urteil erlassen hat, obwohl es nach der gegebenen Prozeßrechtslage dies entweder überhaupt hätte unterlassen sollen oder jedenfalls nicht ein Urteil solchen Inhalts hätte erlassen sollen, daß es also sich dabei stets um das Fehlen einer Urteilsvoraussetzung oder einer Urteilsqualitätsvoraussetzung handelt, darüber siehe meine »Revision wegen Verletzung usw.« S. 75 ff.



Die Strafverfolgung sei unzulässig gewesen, sei es, weil mit Bezug auf den Prozeßgegenstand überhaupt kein Strafklagerecht des Klägers gegen den Beschuldigten (oder keins mehr), wenigstens kein Strafklagerecht innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, bestanden habe (Fehlen von Strafklagerechtsvoraussetzungen), sei es, weil dieses Verfahren so mangelhaft gewesen sei, daß es in ihm zu keinem Sachausspruch kommen durfte (Fehlen von Prozeßvoraussetzungen im heutigen exakten Sinne des Wortes). Ein Verstoß solcher Art berührt notwendig wie den Schuldspruch so auch den Strafausspruch; beide sind ja Teile der Sachentscheidung, die in ihremganzen Inhalt unstatthaft war.

Hierher gehören: Fehlen der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit; Unzulässigkeit des Strafrechtsweges; Aburteilung trotz rechtskräftiger Erledigung der Sache; Urteil eines unzuständigen Gerichts usw.

b) Das Gericht habe ein Sachurteil erlassen, obwohl — bei Ordnungsmäßigkeit des Prozesses als Ganzen, also bei Gegebensein der Prozeßvoraussetzungen und der Klagerechtsvoraussetzungen — für den Urteilsakt die prozeßrechtliche Situation noch nicht reif gewesen sei, es an einer der erforderlichen Voraussetzungen, um den Prozeß durch Urteil zu gestalten, gefehlt habe, also an einer (der Klasse der Prozeßgestaltungsvoraussetzungen zugehörigen) spezifischen Urteilsvoraussetzung. Beispiel: es hat keine Hauptverhandlung stattgefunden oder eine unzulässigerweise nichtöffentliche Hauptverhandlung; im Schwurgerichtsverfahren ist das Urteil ohne einen Wahrspruch der Geschworenen ergangen usw. Auch hier erstreckt sich der Prozeßfehler notwendig auf Schuld- und Straffragebeantwortung zugleich.

c) Das Gericht habe insofern gefehlt, als es angesichts der gegebenen prozessualen Sachlage zwar sachlich urteilen, aber ein Urteil dieses sachlichen Inhalts nicht oder noch nicht oder nicht mehr erlassen gedurft habe, es an einer Urteilsqualitätsvoraussetzung gefehlt habe. Die Gruppe der Urteilsqualitätsvoraussetzungen ist aber in Untergruppen zu zerlegen:

α) Es kann sich um Umstände handeln, im Hinblick auf die das Gericht gewisse rechtliche Artungen oder gewisse tatsächliche Bestandteile des abzuurteilenden Vorganges derart außerhalb der Mitprüfung und Aburteilung lassen muß, daß es insoweit weder ein »Schuldig« noch ein »Nichtschuldig« aussprechen darf. Dann ist mit solchem Schuldspruch auch der auf ihn bezügliche Strafausspruch unstatthaft, und es liegt wie in a und b ein Prozeßverstoß vor, der mit Notwendigkeit Doppelfolge hat.

Beispiele sind: Das Gericht hat die sachliche Aburteilung auf den Charakter der Tat als Antragsdelikt erstreckt, obwohl es am Strafantrag fehlte; oder es hat im Auslieferungsfalle die Tat unter einem Gesichtspunkt unter Verurteilung gestellt, der über die auslieferungsrechtlichen Grenzen hinausgeht[41]); oder es hat den Angeklagten unter einem ver-

---

[41]) Lag der Fall so, daß gegen einen Ausgelieferten wegen einer anderen Tat als derjenigen, um derenthalber er ausgeliefert war, verurteilt worden ist, ohne daß dies geschehen durfte, so gehört er natürlich nicht hierher, sondern unter a.



änderten rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt, ohne ihn zuvor auf die Veränderung aufmerksam gemacht zu haben; oder es hat im Schwurgerichtsverfahren eine Verurteilung ausgesprochen, die nicht innerhalb der Schuldbejahung der Geschworenen liegt.

β) Sodann aber gibt es Urteilsqualitätsvoraussetzungen, die nur nach Lage des einzelnen Falles für beide Bestandteile des Urteils (den Schuld- und den Strafteil) von Bedeutung sein können, möglicherweise aber auch nur den Strafteil allein angehen. Eine Voraussetzung dieser Art ist z. B. die, daß in der Hauptverhandlung alle Beweisanträge korrekt behandelt worden sind, alle geladenen Zeugen vernommen worden, die Zeugen entsprecheud den gesetzlichen Vorschriften vereidigt oder umgekehrt nicht vereidigt worden sind, usw. Die Bedeutung eines Verstoßes hiergegen kann verschieden sein. Bezog sich der Beweisantrag, die Zeugenaussage usw. lediglich auf ein Thema, das für die Höhe der Strafe in Betracht kommt, so ist der Prozeßverstoß kein »gemeinschaftlicher«. Wenn dagegen im konkreten Falle der Verstoß das Ja oder Nein im Schuldpunkt berührt, dann ist wiederum mit Notwendigkeit auch der Strafausspruch in Mitleidenschaft gezogen. Durfte das Gericht bei der gegebenen Sachlage überhaupt nicht schuldig sprechen, so ist auch sein Strafausspruch prozessual unstatthaft.

Stellen wir dann zur Ergänzung des Bildes noch diejenigen Prozeßverstöße zusammen, die reinlich geschieden nur die Straffragebeantwortung beeinflussen, so sind es zwei Gruppen, die uns entgegentreten. Die einen sind die schon in c β, im Vorübergehen genannten: Prozeßverstöße, die nach Lage des konkreten Falles die Schuldbejahung unberührt lassen. Die anderen sind diejenigen, bei denen es sich um eine im Gesetz gerade als Voraussetzung für den Strafbestandteil des Urteils aufgestellte Urteilsqualitätsvoraussetzung handelt. Hierher gehörte nach der CCC. der Fall, daß der Richter auf Grund Indizienbeweises die poena ordinaria verhängt hatte; nach der StPO. gehört hierher der Fall, daß der Schwurgerichtshof mildernde Umstände auf eigene Faust, d. h. ohne dabei den Spruch der Geschworenen zugrunde zu legen, gewährt oder versagt hat; weiter der Fall, daß das Berufungsgericht auf die vom Angeklagten eingelegte Berufung hin eine härtere Strafe, als die in erster Instanz ausgesprochene, verhängt hat.

Diese Übersicht war erforderlich, wird aber auch genügen, um nun deutlich erkennen zu lassen, daß in der Tat die Erklärung des Rechtsmittelwerbers über das cur der Anfechtung den Inhalt seiner Erklärung über das quid der Anfechtung mitbedingen kann.

Denken wir uns zunächst den Fall, daß der Rechtsmittelwerber in einheitlicher Erklärung, »in einem Atemzuge«, sagt: er beschränke das Rechtsmittel auf den Strafausspruch und fechte diesen an, weil er der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit nicht unterstehe, dem Gericht die Zuständigkeit gefehlt habe, die Hauptverhandlung nicht öffentlich gewesen sei, für die Verurteilung der erforderliche Strafantrag gefehlt habe, ein von ihm gestellter Alibibeweisantrag zu Unrecht abgelehnt worden sei — so liegt die Unvereinbarkeit der beiden Bestandteile seiner Erklärung auf der Hand, denn die Begründung bedeutet Anfechtung der Entschei-

dung in ihrem vollen gegenständlichen Umfange. Ein Interesse — wenigstens ein anzuerkennendes Interesse — des Rechtsmittelwerbers daran, sich dem Schuldspruch, der seiner eigenen Erklärung nach zu Unrecht ergangen ist, zu unterwerfen, ist nicht ersichtlich. Man kann ihm deshalb nur entweder sagen: es sei ihm mit seiner Anfechtungserklärung — auch im Strafpunkt — offenbar überhaupt nicht Ernst; oder aber: es mangle ihm an klarem Denken, und man könne deshalb nur annehmen, daß er die Tragweite der gegenständlichen Einschränkung seines Rechtsmittels nicht überschaut habe. Die erste Deutung führt zu der Behandlung der Rechtsmitteleinlegung als wirkungslos; die zweite zu einer Streichung der Beschränkung auf die Straffrage. Jedenfalls entfallen dann, einerlei, in welchem Sinne man sich entscheidet, die Schwierigkeiten, die sich an die Rechtsmittelteilung anheften; denn entweder ist dann überhaupt kein Rechtsmitel da, oder aber ein gegenständlich ungeteiltes.

Nun ist es aber nach geltendem Recht zwar möglich, aber nicht erforderlich und nicht die Regel, daß die Rechtsmittelbegründung mit der Rechtsmitteleinlegung zeitlich zusammenfällt. Deshalb ereignet sich immer wieder, daß ein Rechtsmittelwerber zuerst das Rechtsmittel in ausdrücklicher Beschränkung auf den Strafausspruch einlegt und sich dann hintennach zur Begründung auf einen auch den Schuldspruch erschütternden Prozeßverstoß beruft. In solchen Fällen läßt sich die Rechtsmittelteilung nach geltendem Recht leider nicht aus der Welt schaffen. Man kann weder aus der nachfolgenden Erklärung schließen, daß es dem Anfechtenden im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung damit nicht Ernst gewesen sei, daß er den Strafausspruch als ihn zu Unrecht beschwerend bezeichne. Noch kann man ihm den Rückweg zu gegenständlicher Vollanfechtung des Urteils eröffnen; es wird sich der herrschenden Lehre nicht widersprechen lassen, wenn sie den teilweisen Verzicht auf ein Rechtsmittel als geradeso unwiderruflich behandelt wie den umfassenden Rechtsmittelverzicht.

Die schon oben gekennzeichnete crux, die sich alsdann für das Rechtsmittelgericht ergibt, kann sich in gleicher Weise in Fällen einstellen, in denen die Anfechtungserklärung des Rechtsmittelwerbers nach quid und cur der Anfechtung einwandfrei war, aber in der Rechtsmittelinstanz das Fehlen der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit, gänzliche rechtskräftige Erledigung der Sache, die Überschreitung von auslieferungsrechtlichen Grenzen der Aburteilung oder einer der sonstigen v. A. w. aufzugreifenden Verfahrensmängel zum Vorschein kommt.

Aber wie ich glaube, ist nach dem, was oben III über die »Rechtskraft« des nicht mitangefochtenen Schuldspruchs ausgeführt worden ist, die Lösung nicht mehr schwer.

In kurzer Formel läßt sich sagen: Das Rechtsmittelgericht *darf trotz* des Prozeßverstoßes den *Schuldspruch nicht* aufheben und *muß wegen* des nämlichen Prozeßverstoßes den *Strafausspruch aufheben*. Es *darf nicht wegen* des Prozeßverstoßes den *Schuldspruch aufheben*, und es *darf nicht trotz* des Prozeßverstoßes den *Strafausspruch bestehen lassen*.

Denn mit dem die Schuldfrage angehenden Bestandteil des Urteils hat es gar nichts zu schaffen, folglich liegt auch die Frage, ob der Schuldspruch prozessual fundiert ist, überhaupt nicht in seinem Blickpunkt. Umgekehrt ist es zur Prüfung des Strafausspruchs aufgerufen, und darf damit eben auch das Fehlen prozessualer Unterlagen für ihn nicht ignorieren. Der Prozeßfehler ist in seiner Eigenschaft als Fehler im Unterbau des Schuldspruchs abgetan, nicht in seiner Eigenschaft als Fehler im Unterbau des Strafausspruchs [42]). Gewöhnlich wird in Schrifttum und Rechtsprechung wie ein Axiom hingestellt, daß »logischerweise« eine identische Durchgangsfeststellung, deren Thema sowohl für die Schuld- wie für die Straffrage erheblich ist, im selben Prozeß immer nur für beide Bedeutungen ganz bejaht oder ganz verneint werden könne. Daran ist richtig, daß jede richterliche Erklärung, die uno actu über dasselbe Thema ja und nein zugleich sagt, perplex und deshalb unzulässig ist. Ganz anders dagegen, wenn es sich um zwei verschiedene Aufgaben handelt, von denen die eine schon erledigt, die andere eben jetzt zu erledigen ist. Hier widerstrebt es den Denkgesetzen nicht, wenn man die alte Aufgabe als fehlerhaft erledigt bezeichnet, sie aber, weil uns nichts mehr angehend, ruhen läßt, und doch den gleichen Fehler jetzt vermeidet, um für die jetzt zu lösende Aufgabe das richtige Ergebnis zu gewinnen. Aber auch die verständige Wertung steht solchem Verfahren zur Seite [43]). Oft genug kommt es im Leben vor, daß einem bei einer Angelegenheit ein Mißgriff untergelaufen ist, von dem man sich hinterher — zu spät — überzeugt. Dann wird man, wenn es nicht angängig ist, auf jene Angelegenheit zurückzukommen, den Fehler gewiß nicht als Tyrannen anerkennen, der einen zwingt, auch noch die weiteren Lebensangelegenheiten, mögen sie auch logisch im Bedingungszusammenhange mit der erledigten stehen, »fehlerhaft folgerichtig« zu ordnen. Gesundes Werturteil wird dahin gehen, daß man zwar mit Bezug auf das Eine den Mißgriff büßen muß, daß man aber wenigstens den Fehler nicht weiteres Unheil wirken läßt. Hier wird man nicht hohler Folgerichtigkeit zuliebe starrsinnig sagen: »Wer A sagt, muß auch B sagen«; sondern: »Retten, was noch zu retten ist«. Ist jemand z. B. ein Geschäft bindend eingegangen, bei dem ihm ein (ihn nicht zur Lösung seiner Verbindlichkeit berechtigender) Irrtum untergelaufen ist, dessen Vermeidung ihn zum Nichtabschluß des ganzen Geschäfts bestimmt haben würde, so wird er bei den noch ausstehenden Verhandlungen z. B. über die Quantität der Lieferung u. dgl., wenn er inzwischen hinter die Wahrheit gekommen ist, seine Interessen wenigstens hierin noch so gut wie möglich wahren und kein so wunderlicher Heiliger sein, sich dabei einzig deshalb zu schädigen, weil diese

---

[42]) Diesen Punkt finde ich bei den Anhängern der auch von mir vertretenen Auffassung, daß der unangefochtene Schuldspruch unverbrüchlich bleibt (so z. B. neuerdings bei Eckstein, GerSaal 84, 364 ff.), noch nicht scharf herausgearbeitet und daher auch von den Gegnern nicht berücksichtigt (so geht namentlich v. Kries, Rechtsmittel S. 100 ff. hieran vollständig vorüber).

[43]) Vgl. hierzu meine Ausführungen Ztschr. f. StRW. 36, 660.

Schädigung logisch in der Richtlinie des ihm einmal zugestoßenen Versehens liege!

Befreit man sich demgemäß von der Vorstellung, als stehe das Rechtsmittelgericht unter dem Zwange, die identische Durchgangsfeststellung stets auf beide Urteilsbestandteile gleichmäßig und einheitlich wirken zu lassen, so fallen damit sowohl die Auffassung zu Boden, daß die höhere Instanz, wiewohl nur mit dem Strafausspruch befaßt, gleichwohl noch in dem oder jenem Umfang (insbesondere an der Hand der »Subsumtionsfrage«) auch den Schuldspruch nachzuprüfen befugt sei und gegebenenfalls freizusprechen habe [44]), wie auch die entgegengesetzte, wonach die Durchgangsfeststellung, weil logisch vor dem Schuldspruch liegend, durch dessen Rechtskraft derart miterledigt sei, daß die höhere Instanz auf ihr Thema auch für die Fällung des Strafausspruchs nicht eingehen könne [45]). Daß die erste dieser Auffassungen folgerichtig zur Leugnung der Teilbarkeit der Anfechtung überhaupt führen muß, ist schon gezeigt worden. Die zweite aber verfällt in den Fehler, die Lebensinteressen bloßer äußerlicher »Korrektheit« zuliebe zu vergewaltigen, und ermangelt damit einer einleuchtenden echten ratio. Gewiß könnte der Staat an die Partei die Zumutung stellen, daß sie bei Vermeidung voller Präklusion einen den Strafausspruch aus den Angeln hebenden Prozeßverstoß, der auch die Schuldfrage berührt, sich schon in dem Moment überlege, in dem es sich für sie um die Entschließung über die Anfechtung des Schuldspruchs handelt, aber solche »Prozeßstrenge« widerstrebt gewiß dem Geiste des modernen Prozeßrechts, und es müßte für sie ein besonderes Bedürfnis aufgezeigt werden. Ein solches kann ich nicht erkennen. Durch die aus rein logischen Erwägungen abgeleitete Fiktion, die Partei habe, wenn sie den Prozeßverstoß nicht schon gerügt habe, um den Schuldspruch zu beseitigen, damit auf die Rüge überhaupt verzichtet, kann die ratio jedenfalls nicht ersetzt werden. Irrig wäre es aber auch, den Prozeßfehler deshalb als durch die Rechtskraft des Schuldspruchs ganz überholt anzusehen, weil doch der rechtskräftige Schuldspruch »verbindlich« sei, also einen Strafausspruch unausweichlich mache. Denn »bindend für die höheren Instanzen« ist der Schuldspruch keineswegs in dem Sinne, daß das obere Gericht unter allen Umständen auf ihn einen Strafausspruch aufbauen (oder — durch Zurückverweisung — dafür Sorge tragen) müßte; sondern nur in dem Sinne, daß, wenn das höhere Gericht prozeßrechtlich überhaupt in der Lage ist, einen Strafausspruch zu fällen (oder dafür Sorge zu tragen), daß dann der Schuldspruch zur Unterlage genommen werde.

---

[44]) Dies war bis zu der Plenarentscheidung Bd. 8, S. 115 die Auffassung des Reichsmilitärgerichts, vgl. ferner Reichsgericht E. 5, 187, 22, 217, 29, 331, 33, 21, Birkmeyer, Strafprozeß 710, K. Meyer, Bl. f. RAnwendg. 67, 129, Gf. Dohna, Strafprozeß 216.

[45]) Dies die Meinung von Ötker, GerSaal 65, 446, Bayr. Ztschr. f. RPfl. 10, 7: der prozessuale Mangel sei bei Nichtanfechtung des Schuldspruchs auch für den präjudizierten Urteilsteil geheilt. Vgl. auch RG. E. 42, 241. Die gleiche Auffassung hatte auch das Oberkriegsgericht in dem Falle RMG. 17, 31 vertreten; das Reichsmilitärgericht selbst verwirft sie zutreffend.

Ob das Prozeßrecht den Erlaß eines Strafausspruchs zuläßt, ist nach den gewöhnlichen Regeln zu entscheiden. Wohnt doch auch im Schwurgerichtsverfahren dem Verdikt nicht Bindungskraft in dem Sinne inne, daß es schlechthin zu einer Verurteilung oder Freisprechung kommen müßte, sondern hat doch vielmehr der Gerichtshof trotz des Verdikts ein Sachurteil zu unterlassen, wenn er nachträglich erkennt, daß eine der — logisch schon vor dem Verdikt liegenden — Urteilsvoraussetzungen fehlt, z. B. daß die Sache schon anderweit durch res judicata abgetan ist, der erforderliche Strafantrag nicht vorliegt usw.

Im einzelnen ergeben sich für das Rechtsmittelgericht daraus, daß es einesteils den unzulässigen Strafausspruch hinwegfegen muß, den Schuldspruch aber unangetastet zu lassen hat, folgende Konsequenzen:

1. Erster Fall: Der vom Untergericht begangene Verstoß war so stark, daß um seinetwillen das Urteil ipso jure nichtig ist. Alsdann bedeutet die Nichtaufhebung des Schuldspruchs durch das Rechtsmittelgericht natürlich nicht, daß er zu Kräften komme. Auch wenn die höhere Instanz nicht angerufen worden wäre, wäre das Urteil der rechtlichen Wirkungen bar gewesen. Auf einen nichtigen Schuldspruch kann aber kein Gericht einen Strafausspruch daraufsetzen. Ein solcher ermangelt völlig der Rechtskraft, auch in dem oben entwickelten Sinne. Es muß also, was die Strafausspruchfrage anlangt, rein negativ bei der Aufhebung des vom Untergericht erlassenen Strafausspruchs sein Bewenden haben. Ja, es wäre sogar an sich nur die Feststellung, daß auch der Strafausspruch nichtig erlassen ist, am Platze, und eine »Aufhebung« als rein formale ist nur deshalb geboten, weil das Rechtsmittelgericht eigens zur Austilgung des Ausspruchs aufgerufen ist.

Einer weiteren Entscheidung über das Geschick des Verfahrens als Ganzen bedarf es nur zum Teil. Es bedarf ihrer in den Fällen nicht, in denen der Prozeß wenigstens nicht schon nichtig begonnen hat. Das Verfahren ist unten an der Stelle, wo die Nichtigkeit einsetzt, auch ohne »Zurückverweisung«, zu der das Rechtsmittelgericht mit Bezug auf die Strafsache als Ganzes ja formell gar nicht legitimiert ist, aufzunehmen und fortzuführen, wie wenn noch gar nicht weiter prozediert worden wäre. Dies namentlich dann, wenn die Urteilsnichtigkeit eine spezifische Urteilsnichtigkeit ist (Beispiel — wenn man hier Nichtigkeit annimmt — Schwurgerichtsurteil ohne Geschworenenverdikt: die Sache ist, da mit dem nichtigen Urteil auch die alte Hauptverhandlung bedeutungslos geworden ist, zu neuer Hauptverhandlung zu bringen). Haftet dagegen die Nichtigkeit dem Verfahren ab ovo an (Beispiele: Fehlen der Gerichtsbarkeit; res judicata), so hat das Rechtsmittelgericht das Verfahren als Ganzes einzustellen. Dies deshalb, weil die untere Instanz natürlich das in seiner ganzen Ausdehnung nichtige Verfahren einzustellen haben würde und nach geltendem Recht das Rechtsmittelgericht legitimiert ist, in Vertretung der unteren Instanz Einstellung des Verfahrens selber auszusprechen.

Ob es »nichtige Urteile« gibt, ist freilich noch immer umstritten. Aber gerade in unserem Zusammenhang tritt ein neues Argument für die Bejahung hervor. Indem nämlich die Judikatur — auch des Reichs-

gerichts und des Reichsmilitärgerichts — und die Wissenschaft dem Rechtsmittelgericht die Aufgabe zuweisen, gewisse Prozeßverstöße auch ohne Parteirüge von Amts wegen zu berücksichtigen, müssen sie in gerader Linie bei der Anerkennung anlangen, daß diese Prozeßverstöße das Urteil nichtig machen. Denn da diese Prüfungsaufgabe nicht innerhalb der Rechtsmittelprüfung liegt, das Rechtsmittelgericht nicht in dieser Eigenschaft zu ihr berufen ist, diese Prüfung vielmehr nur gelegentlich einer höherinstanzlichen Tätigkeit auftritt, so kann die Legitimation des Rechtsmittelgerichts augenscheinlich nur daraus entnommen werden, daß es sich um einen durch Rechtsmittelverzicht nicht heilbaren, d. h. ipso jure das Urteil unwirksam machenden Mangel handelt.

Und diese Klärung wirkt zugleich zurück auf die Beantwortung der Frage nach dem Umkreis prozessualischer Voraussetzungen, die das Revisionsgericht v. A. w. zu prüfen hat. Die bisherigen Versuche, diesen Umkreis zu bestimmen, sind über Kasuistik wohl nicht hinausgekommen. Jetzt aber können wir die grundsätzliche Antwort geben: Die Amtsprüfung erstreckt sich auf die Verstöße, derenthalber das Urteil ipso jure unwirksam ist. Und dieses wieder sind, wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe[46]), alle Verstöße, deren Hinnahme im öffentlichen Interesse so unerträglich erscheint, daß die gelegentliche Preisgabe der Autorität des Richterspruchs als das kleinere Übel erscheint. Für die Berufungsinstanz ist der Umkreis der v. A. w. zu prüfenden Prozeßverstöße m. E. der gleiche[47]).

2. Ist der Schuldspruch nicht so unzulässig, daß er dieserhalb nichtig wäre, so ist das Rechtsmittelgericht, das den aus dem gleichen Grunde unzulässigen Strafausspruch aufzuheben hat, ohne zugleich — wie oben ausgeführt — den Schuldspruch mit aufheben zu können, zu unterschiedlicher Behandlung der Fälle genötigt.

a) Bestand der Fehler darin, daß geurteilt wurde, wiewohl die Strafverfolgung überhaupt oder in diesem Prozeß unzulässig war, bestand er also im Fehlen einer Strafklagerechts- oder einer Prozeßvoraussetzung, so hat das Rechtsmittelgericht keine Möglichkeit, die Sache in die untere Instanz zurückzuverweisen, in der sie ja eingestellt werden müßte; viel-

[46]) Ztschr. f. StRW. 28, 741.

[47]) In meinem Lehrbuch S. 576 tritt dies nicht deutlich genug hervor. Deshalb sei hier folgendes angemerkt: Eine Nachprüfung über den Bereich der Fälle absoluter Nichtigkeit hinaus steht dem Berufungsgericht nur auf Rüge hinzu; nur ist 1. keine Spezialrüge erforderlich, sondern generelle Bemängelung des untergerichtlichen Verfahrens genügend; 2. in der Rüge, daß das Untergericht in facto geirrt habe, liegt implicite die Rüge, daß möglicherweise solche Prozeßverstöße vorliegen, die den Tatsachenfeststellungsweg betreffen (Zeugenvereidigung usw.); 3. nennt der Berufungswerber einzelne Prozeßrügen, die er speziell namhaft macht, so ist dies dann ein verstoßheilender Verzicht hinsichtlich sonstiger Verstöße, wenn die Rüge ausgesprochenermaßen als Selbstbeschränkung gemeint ist, Amtsprüfung also über den Rügepunkt hinaus ausgeschlossen; sonst erscheint die Erklärung nur als beispielsweise Nennung eines Verstoßes, also als generelle Verfahrensrüge. Wo nach Ziffer 1—3 Nachprüfung einzutreten hat, handelt es sich demgemäß nicht um »Prüfung v. A. w.«.



mehr hat es selber in Vertretung der unteren Instanz diese Einstellung des Gesamtverfahrens auszusprechen.

Und damit treten nun die oben S. 183 geschilderten Wirkungen ein: der Schuldspruch erlischt — auch ohne aufgehoben zu sein — von selbst. Es ist in diesem Verfahren keine Stelle mehr da, die irgendwie an ihn »gebunden« wäre, es ist in diesem — ja eingestellten — Verfahren keine Gelegenheit mehr gegeben, ihn nutzbar zu machen; und da er für sich allein (ohne Ergänzung durch einen in diesem Verfahren ergangenen rechtskräftigen Strafausspruch) keine in andere Prozeßverfahren hineinwirkende Rechtskraft hat, so liegt die Sache rechtlich nicht anders wie bei jeder reinen Formalentscheidung. Stellt sich also die bisher fehlende Strafklagerechts- oder Prozeßvoraussetzung ein, so ist in dem neuen Prozeß auf den vormaligen Schuldspruch keinerlei Rücksicht zu nehmen.

b) Bestand der Fehler darin, daß es an einer spezifischen Urteilsvoraussetzung gebrach (z. B. die Hauptverhandlung war nichtöffentlich vor sich gegangen), so ist, vorausgesetzt immer, daß der Schuldspruch nicht nichtig ergangen ist, dieser Fehler in seiner Eigenschaft als ein dem Schuldspruch anhaftender Makel durch die Nichtanfechtung des Schuldspruchs geheilt. Das Rechtsmittelgericht hat also die Sache, soweit sie noch in lite ist, d. i. in Beschränkung auf die Straffrage, in die untere Instanz zurückzuverweisen (sofern nicht eigene Erledigung, wie bei Berufung, in Frage kommt). Dort ist auf dem nach wie vor »rechtskräftigen« Schuldspruch weiterzubauen (in dem obigen Beispielsfalle hätte also eine neue Hauptverhandlung, diesmal ohne Verletzung der Öffentlichkeitsnormen, vor sich zu gehen, die mit einem neuen Strafausspruch — und nur einem solchen — schließt).

c) Das gleiche wie zu b gilt endlich dann, wenn der Verstoß darin bestand, daß das Urteil nicht den Urteilsqualitätsvoraussetzungen (und zwar solchen, die den Schuldspruchs- und mit ihm zugleich den Strafausspruchsinhalt bedingten) entsprach. Auch hier ist der Fehler als Schuldspruchsfehler geheilt, der Schuldspruch rechtskräftig, und es hat somit Zurückverweisung (bzw. eigene aufbauende Tätigkeit des Rechtsmittelgerichts) zu erfolgen mit der Beschränkung, daß in nunmehr fehlerfreiem Verfahren der Schuldspruch seine Ergänzung durch den Strafausspruch erhalte.

2. Innere Urteilsverstöße.

Mit dem Bisherigen ist der Beantwortung der Frage vorgearbeitet, wie sich das Rechtsmittelgericht, an das nur der Strafausspruch devolviert ist, zu verhalten hat, wenn es sich einem auf die Schuldfrage übergreifenden sogenannten »materiellrechtlichen« Verstoß, also einem Verstoß im Innern des Urteilssyllogismus, gegenübersieht. Beispiele: Es zeigt sich etwa in der Revisionsinstanz, daß das Untergericht nach dem von ihm für festgestellt erklärten Sachverhalt den Angeklagten nur wegen Notdiebstahls nach § 248a StGB. hätte verurteilen dürfen, ihn aber infolge rechtsirrtümlicher Auffassung des Notbegriffs nicht nur nach § 242 verurteilt, sondern ihm aus demselben Rechtsirrtum heraus

sogar die »Not« als Strafzumessungsgrund versagt hat, und der Angeklagte hat den rechtlichen Irrtum des Untergerichts nur geltend gemacht, um innerhalb des § 242 geringere Strafe zu erzielen (oder er hat ihn überhaupt nicht hervorgekehrt, sondern, was ja nichts verschlägt, nur einfach die falsche Anwendung des Strafgesetzes ohne Spezialangabe im Umfang der Straffragebeantwortung gerügt); oder es zeigt sich in der Berufungsinstanz, in die die Sache nur mit Bezug auf den Strafausspruch gelangt ist, daß der erstinstanzliche Zeuge, der die völlige Nüchternheit des Angeklagten bei der Tat bekundet hat, gänzlich unglaubwürdig ist, und der Angeklagte vielmehr sogar sinnlos trunken gewesen ist.

Die maßgebenden Gesichtspunkte sind hier folgende:

a) Erkennt man an, daß ein Urteil auch um seines Inhalts halber, also nicht aus spezifischen Gründen des Prozeßrechts, sondern inhaltlich am materiellen Recht gemessen, nichtig sein kann, so setzen hier die gleichen Erwägungen ein wie oben sub IV 1[48]). Der Strafausspruch (und nur er) ist aufzuheben, und das Verfahren kehrt von selbst zurück in den Zeitpunkt vor der Hauptverhandlung; der nichtige Schuldspruch spielt gar keine Rolle.

b) Soweit keine Nichtigkeit vorliegt, steht das um seines Inhalts (um seiner Unrichtigkeit) willen unzulässige Urteil genau auf gleicher Linie wie das Urteil, das den Urteilsqualitätsvoraussetzungen nicht entsprach; hier wie da ist ein Urteil ergangen, das so nicht hätte ergehen sollen, und der Unterschied ist nur der, daß die Unzulässigkeit dieses Inhalts im ersten Falle ohne Rücksicht auf die prozessuale Lage, in der das Urteil erging, also schlechthin, bestand, während im zweiten Falle das Urteil nur angesichts der gegebenen Prozeßlage nicht so hätte ausfallen dürfen, bei anderer Prozeßlage aber (z. B. wenn der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen worden wäre) kein Anstand obgewaltet hätte.

Somit gilt hier das gleiche wie zu IV 2c[49]). Der begangene Fehler ist in seiner Eigenschaft als Schuldspruchsmangel geheilt, der Schuldspruch gültig und rechtskräftig. In seiner Eigenschaft als Strafausspruchsmangel zieht er die Aufhebung des Strafausspruchs nach sich, und die höhere Instanz hat in Beschränkung auf das Straffragethema die Angelegenheit zurückzuverweisen (oder, soweit sie dazu befugt ist) selbst positiv zu erledigen.

Deshalb bietet auch die Frage, ob sich die Berufungsinstanz hinsichtlich der für den Strafausspruch wesentlichen Beweisthemata mit den dem Schuldspruch zur Grundlage dienenden Feststellungen der ersten Instanz in Widerspruch setzen könne, gar keine Schwierigkeiten. Es war zu wenig, wenn das Reichsmilitärgericht in Bd. 8, 274 solche Freiheit nur insoweit einräumen wollte, als es sich nicht um die für den Schuldspruch wesentlichen Tatsachen handle. Demgegenüber enthält die leider in Bd. 15, 185 wieder preisgegebene Entscheidung in Bd. 11, 62 das richtige Prinzip: es besteht hinsichtlich jedes Elements

[48]) S. 190. [49]) Oben S. 192, c.



im Syllogismus des Strafausspruchs unumschränkte Feststellungsfreiheit. Stellt sich in dem nur noch hinsichtlich der Straffrage anhängigen Berufungsverfahren die Nichtschuld des Angeklagten heraus, so bewirkt dies natürlich die Einhaltung des geringst zulässigen Strafmaßes durch das Berufungsgericht, da eben nur noch die Frage nach dem »Wie hoch«, nicht die Frage nach dem »Ob« anhängig ist, also von Befolgung des Schuldspruchs nicht Umgang genommen werden kann. Eine Frage für sich ist, ob in solchem Falle das Gericht an die in minimo zu verhängende Hauptstrafe noch Nebenstrafen und sonstige Nebenmaßregeln anzugliedern hat. Sie ist zu verneinen, denn durch Verhängung der Hauptstrafe ist der Rechtskraft des Schuldspruchs Genüge getan, und wenn das Gericht mit der Feststellung, daß der Angeklagte nicht schuldig sei, nur die Weigerung verbindet, ihn mit diesen weiteren Folgen zu belasten, so bleibt der Schuldspruch als solcher dabei in Ehren. Anders nur, wo die Nebenfolge im Gesetz nicht sowohl als Folge des Strafbarseins, sondern als Folge der Verurteilung zu Hauptstrafe gedacht ist, wie dies z. B. für die Kostenfolge zutrifft. Entsprechendes gilt für die Fälle, wo nicht bloß der Schuldspruch, sondern auch der auf die Hauptstrafe lautende Bestandteil des Strafausspruchs unangefochten geblieben, das Rechtsmittelgericht also überhaupt nur noch mit der Nebenfolge befaßt war[50]).

Ein Seitenstück zu den Fällen sub IV 2a findet sich im Bereiche der inneren Urteilsverstöße nicht, da diese ja immer nur Mangelhaftigkeit gerade des Urteils bedeuten und mit Unzulässigkeit der Strafverfolgung als eines Verfahrens nichts zu tun haben.

V. Gesetzgebungsvorschlag.

Werfen wir zum Schluß noch einen Blick auf die Annehmbarkeit der gewonnenen Ergebnisse vom Standpunkte des »richtigen Rechts« aus.

Offenbar drängt die natürliche Auffassung dahin, daß die Erkenntnis eines die Schuldfrage mit berührenden Verstoßes auch da, wo die Anfechtung auf den Strafteil des Urteils beschränkt war, zu voller Restitution des — unschuldigen oder mindestens nicht sub hoc titulo schuldigen — Angeklagten führen müsse, und ihm seine — unbedachtsame — Rechtsmittelteilung nicht zum Schaden gereichen dürfe.

---

[50]) Übrigens müssen die gleichen Gesichtspunkte auch dann Platz greifen, wenn die Nebenfolge nicht ein infolge von Rechtsmittelteilung übriggebliebenes Stück der Strafsache im selben Prozeß war, sondern den Prozeßgegenstand eines Nachprozesses bildet, vgl. § 42 II MStGB. (Diese Problemzusammengehörigkeit betont zutreffend Rissom in GerSaal 73, 322.) Deshalb kann die Entscheidung des RMG. 11, 261 nicht gebilligt werden. Um Dienstentlassung oder Degradation verhängen zu können, braucht das Gericht im Nachprozeß nach § 42 II MStGB. die Feststellung, daß der Angeklagte der strafbaren Handlung schuldig sei, nicht die bloße Feststellung, daß er wegen einer solchen zu Strafe verurteilt ist. Es hat dabei in eigener Verantwortung zu handeln, muß also z. B. dem Einwande des Angeklagten, daß er bei der Tat zurechnungsunfähig gewesen sei, nähertreten. Vgl. oben S. 182, Anm. 37.

Dieser Anforderung werden aber nur die Fälle gerecht, in denen entweder das Urteil ipso jure nichtig oder das ganze Verfahren unzulässig war. Hier wird der fehlerhafte Schuldspruch unschädlich gemacht. Im übrigen behält der Schuldspruch seine Bedeutung, der Angeklagte muß verurteilt werden, und das Gericht hat das Moment, das eigentlich die »Unschuld« bedeutet, lediglich so zu benutzen, daß es seinethalben die Minimalstrafe auswirft. Abhilfe ist geboten. Nur suche man diese nicht darin, daß man die Rechtsmittelteilungsmöglichkeit verschränkt. Das wäre ein Danaergeschenk! Ist nun einmal das Rechtsmittelinstitut dazu da, den gravamina der Partei abzuhelfen, so müssen die Parteien auch in der Lage sein, den Umfang ihrer Anfechtung zu bestimmen, sonst drängt man ihnen unter Umständen eine Vollprozedur mit all ihren Weiterungen und Kosten auf, die für sie wertlos ist, und obenein auch die Behörden zwecklos belastet.

Der Hebel ist an anderer Stelle anzusetzen. Es ist schon oben gezeigt[51]), daß alle Schwierigkeiten entfallen, wenn die Erklärung, daß man das Rechtsmittel nur hinsichtlich der Straffrage anfechte, verbunden mit der Begründung des Rechtsmittels auftritt. Der Fehler des geltenden Rechts liegt also darin, daß es diese zusammengehörigen Erklärungen wenigstens fakultativ trennt[52]). Das Gesetz verlangt nur die Änderung, daß die Erklärung über den gegenständlichen Umfang der Anfechtung zwingend hinausgeschoben wird bis zu der endgültigen Rechtfertigung des Rechtsmittels oder, wo solche nicht obligatorisch oder nicht präklusivisch ist, überhaupt nicht wirksam abgegeben werden kann. Wird dies Gesetz, ist also die schon mit der Rechtsmitteleinlegung verbundene Bezeichnung des gegenständlichen Umfangs der Anfechtung nicht nur nicht (wie jetzt) unwiderruflich, sondern im Gegenteil als verfrüht wirkungslos, so ist für das Rechtsmittel der Revision in dem Augenblick alles glatt und klar, in dem die endgültige Revisionsrechtfertigung vorliegt. Für das Rechtsmittel der Berufung würde freilich, wenn nicht noch ein tieferer Einschnitt gemacht wird, diese Regelung darauf hinauslaufen, daß jede Berufung als gegenständlich ungeteilte erscheint, da ja auch nach erfolgter Rechtfertigung, selbst in der Hauptverhandlung noch, neue Beschwerdepunkte vorgebracht werden können. Aber eben dieses letztere, diese ganze Formlosigkeit der Berufung, halte ich ohnehin für einen Mißstand. Es ist gewiß nicht zu viel verlangt, wenn man dem Berufungswerber zumutet, nach gefälltem, ihm schriftlich zugefertigtem Urteil binnen bestimmter Frist zu sagen, weshalb er sich mit dem Urteil nicht zufriedengeben wolle. Führt man dann die Berufungsrechtfertigung obligatorisch und mit Präklusivwirkung ein[53]), so läßt sich dann auch die Bestimmung des gegenständlichen Umfangs des Rechtsmittels durch den Berufungswerber auf diesen Zeitpunkt verlegen.

Bei solcher Regelung würde kein Fall übrigbleiben, in dem die Rechtsmittelinstanz genötigt wäre, es bei der Verurteilung bewenden

[51]) S. 179. [52]) Man vergleiche hierzu Dietz, Ztschr. f. StRW. 27, 581.

[53]) Was ja in anderen Rechten geschehen und auch bei uns öfter erwogen worden ist, vgl. Birkmeyer, S. 699 Anm. 9. Zu schonend MStGO. §§ 380, 382 und der Bundesratsentwurf einer StPO. von 1909, §§ 317, 328.

zu lassen, wiewohl es einen diese erschütternden Urteilsmangel (im Rahmen der Straffragebeantwortung) festzustellen hat. Es würde eben bei Geltendmachung »gemeinschaftlicher« Verstöße stets, soweit nicht die Rechtsmittelerklärung als nicht ernstliche ganz wirkungslos ist, ein gegenständlich ungeteiltes Rechtsmittel vorliegen. Ganz klar ist dies hinsichtlich der Prozeßrügen, die ja lediglich so speziell wie sie sind, nachzuprüfen sind (der § 392 II StPO. wäre natürlich auf die Berufung zu übertragen). Für die »materiellrechtlichen« Rügen würde, wenn die Gesetzgebung daran festhält, daß die nicht spezialisierte Erhebung einer solchen Rüge genügt und die freiwillige Spezialisierung keine das Rechtsmittelgericht einengende Wirkung hat, das Ergebnis das sein, daß jede solche Rüge die gegenständliche Vollanfechtung des Urteils bedeutet; denn bei solchem System bedeutet die Benennung eines im Urteilssyllogismus enthaltenen Verstoßes nur, daß der Anfechtende diesen Verstoß als einen solchen benennt, der »z. B.« das Urteil hinfällig macht. Würde der Rechtsmittelwerber also auch nur einen dem Strafausspruch allein anhaftenden Mangel expressis verbis nennen, so würde doch das Gesetz selber in seine Erklärung die vom Rechtsmittelgericht aufzusuchende Möglichkeit irgendwelcher gemeinschaftlichen Mängel mit hineinlegen, so daß das Urteil stets als seinem ganzen Umfang nach angefochten gelten müßte. Ich persönlich stehe allerdings, wie schon oben[54]) ausgeführt, auf dem Standpunkte, daß dem § 392 I StPO. ein verschwommenes und deshalb nicht zu billigendes Billigkeitsempfinden zugrunde liegt. Man sollte getrost den Spezialisierungszwang von den Prozeßrügen auf die materiellrechtlichen Rügen übertragen. Eine unbillige Zumutung ist das nicht; dem fertigen Urteil gegenüber ist der Rechtsmittelwerber ohne weiteres in der Lage, die Punkte im Urteilssyllogismus zu bezeichnen, die für ihn Beschwerdepunkte sind. Ja, er ist hinsichtlich der inneren Urteilsverstöße dazu sogar noch viel mehr dazu in der Lage als hinsichtlich der Prozeßverstöße, die er teils selber gar nicht miterlebt hat, also erst aus den Akten ans Licht ziehen muß, teils zwar miterlebt hat, aber ohne ihren Charakter als Verstoß zu erfassen oder ohne sie zu bleibender Erinnerung in sich aufgenommen zu haben. Da jede Ausdehnung der Rechtsmittelprüfung über den speziell gerügten Verstoß hinaus über das — das Institut der Rechtsmittel kennzeichnende — Interesse gerade der einzelnen Partei hinausführt und obenein der höheren Instanz viel — meist nutzlose — Mühe auferlegt, so sollte das, was § 392 II nur für die Revision und nur für Prozeßrügen verordnet, für Revision und Berufung[55]) und für Rügen beiderlei Art maßgeblich gemacht werden.

Scheinbar bleibt für den Fall, daß das Gesetz erst den Zeitpunkt der Rechtsmittelbegründung als den für die Frage des gegenständlichen Umfangs der Anfechtung maßgebenden festlegt, der Übelstand, den es zu beseitigen gilt, dann immer noch übrig, wo es sich um einen v. A. w. zu prüfenden Prozeßverstoß handelt. Es kann ja sein, daß die Erklärung des Rechtsmittelwerbers, in der lediglich der Strafausspruch als

---

[54]) S. 177, 178.

[55]) Nebenbei bemerkt: auch für Beschwerde.

das quid der Anfechtung bezeichnet wird, ganz im Einklang steht mit dem angeführten cur (z. B. ein ausschließlich über einen Strafzumessungsgrund gestellter Beweisantrag sei zu Unrecht abgelehnt worden), daß aber das Rechtsmittelgericht v. A. w. feststellt, die Sache sei schon rechtskräftig erledigt, der Angeklagte unterfalle nicht der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit usw. Aber das Dilemma ist nur scheinbar vorhanden, wofern man sich nur vergegenwärtigt, daß alle rechtsmittelgerichtliche »v. A. w.«-Prüfung identisch ist mit der Prüfung, ob nicht das Urteil ipso jure nichtig sei. Erkennt das Rechtsmittelgericht die Nichtigkeit des Schuldspruchs, so ist eben, trotzdem nur der Strafteil des Urteils angefochten war, eine auf jenem aufbauende Verurteilung ausgeschlossen. Es gilt hier das oben S. 190f. Dargelegte.

B. Der teilweise nicht mitangefochtene Schuldspruch.

Im bisherigen war vorausgesetzt, daß der Rechtsmittelwerber den Schuldspruch überhaupt nicht angetastet hat. Wie aber, wenn er mit Bezug auf den Schuldspruch teils Anfechtung, teils Nichtanfechtung erklärt hat?

I. Der Schuldspruchsteil als Anfechtungsobjekt.

1. Der Schuldspruchsteil, seine Elemente und Nichtelemente.

Zur Verständigung über die sich hier erhebenden, viel umstrittenen Fragen ist an erster Stelle notwendig, sich darüber klar zu werden, was unter einem Schuldspruchsteil gemeint sein soll.

Der Schuldspruch selber ist, so sahen wir, ein Bestandteil der Entscheidung selber, scharf geschieden von dem Syllogismus, auf dem er ruht, und erst recht von dem prozessualen Unterbau der Entscheidung, die im Verhältnis zu der Entscheidung nur »Durchgangsfeststellungen« in sich schließen.

Innerhalb des Schuldspruchs lassen sich aber Bestandteile sondern, die weil Bestandteile des Schuldspruchs, Unterbestandteile der Entscheidung selber sind. Diese Zerlegung ist natürlich ausschließlich an dem Gedanklichen, das der Tenor in sich schließt, zu vollziehen. Zerlegungen im Bereiche des Syllogismus und erst recht im Bereiche des prozessualischen Unterbaus ergeben keine Schuldspruchteile. Aber auch in Ansehung des Inhalts des Tenors setzt die Arbeit der logischen Teilung des Schuldspruchs nur jeweils bei demjenigen ein, was sich als ein Schuldspruch darstellt; umfaßt das Urteil laut Tenor mehrere Strafsachen (insbesondere Fall der Realkonkurrenz), so bringt der äußerlich eine Urteilsakt innerlich mehrere Entscheidungen, somit auch mehrere Schuldsprüche, deren Auseinanderlegung keine Schuldspruchteilung bedeutet — so wenig wie die mechanische Trennung zweier Kirschen voneinander dasselbe bedeutet wie die chemische Zerlegung einer Kirsche in ihre Elemente.

Die logische Zerlegbarkeit des Schuldspruchs vergegenwärtigt man sich am besten, wenn man sich eine kompliziertere Urteilsformel in ihrer praktischen Erscheinung greifbar vor Augen stellt, etwa:

»Der Angeklagte wird wegen Anstiftung zum Versuch der schweren Urkundenfälschung in rechtlichem Zusammenflusse mit Anstiftung zum Betrug im Rückfalle zu .... verurteilt.«

Es heben sich deutlich als voneinander geschiedene Bestandteile heraus die zwei durch Idealkonkurrenz miteinander verbundenen Tatqualifikationen; dann innerhalb der ersten Qualifikation die Bejahung einer Anstiftung — zum Versuch — einer Urkundenfälschung – und zwar einer schweren; innerhalb der zweiten Qualifikation die Bejahung der Anstiftung — zum Betruge — und zwar zum Betruge im Rückfall. Da aber jedes Urteil die Aufgabe hat, den Prozeßgegenstand ganz zu erledigen, so birgt das Urteil latent in sich die Verneinung aller sonstigen rechtlichen Qualifikationen der Tat; ohne hineingeschriebeu zu sein (was ja unglaublich unpraktisch wäre), steht doch im Urteil:

»Der Angeklagte wird nicht wegen Mordes, nicht wegen Raubes usw. usw., wohl aber wegen .... verurteilt.«

2. Die Anfechtung und ihre Begründung.

Wird nun ein Schuldspruch oder, korrekt gesprochen, das Urteil in seinem Schuldspruchbestandteil (und folgeweise zugleich in dem davon abhängigen Strafausspruch mit) angefochten, so heißt es wie bei der Anfechtung überhaupt, so auch bei solcher »Rechtsmittelteilung« scharf scheiden zwischen dem quid und dem cur der Anfechtung. Der Angeklagte erklärt vielleicht (im Falle der oben beispielshalber formulierten Verurteilung), Freisprechung zu begehren und führt doch als Grund nur an, daß der Haupttäter keine Urkundenfälschung begangen habe; oder er begehrt umgekehrt nur Verneinung der einen Tatqualifikation und motiviert dies doch damit, daß er bei seiner Tat, also bei der an den Haupttäter gerichteten Äußerung, lediglich einen Scherz im Auge gehabt und nicht geahnt habe, daß der andere den Scherz verkennen und sich zu irgend welchem rechtswidrigen Handeln veranlaßt sehen würde.

Was ist es an dem Schuldspruch, das dir mißfällt? Und warum mißfällt es dir? Das sind die zwei miteinander nicht zu verquickenden Fragen.

II. Die Rechtsmittelteilung.

Während nun die Zulässigkeit (recte Wirksamkeit) einer Spaltung des Rechtsmittels so, daß nur die Straffragebeantwortung angegriffen wird, von den meisten bejaht wird (und nur die Tragweite der Teilung umstritten ist), geht doch auch die Meinung derer, die dies zugeben, in der Regel dahin, daß eine Spaltung der Anfechtung innerhalb des Schuldspruchs unzulässig sei[56]). Machen wir uns zunächst die Konsequenzen dieser Auffassung klar.

1. Hätte der Rechtsmittelwerber noch so ausdrücklich erklärt, daß die Anfechtung nur einem Bestandteil des Schuldspruchs gelte, so würde diese »unzulässige« Erklärung in Wahrheit vom Gesetz mit der Wirkung einer ungeteilten Anfechtung ausgestattet sein.

---

[56]) So namentlich das Reichsmilitärgericht, Bd. 8, 115; 14, 5; Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 368.



2. Und dies auch dann, wenn der Rechtsmittelwerber genau entsprechend der gegenständlichen Beschränkung des Rechtsmittels ausschließlich eine Prozeßrüge bei Revision erhoben hätte, die ausschließlich den angefochtenen Bestandteil des Urteils berührt. Hätte etwa der Angeklagte in dem letzterwähnten Beispielsfalle seine Verurteilung nur unter dem Gesichtspunkt der Anstiftung zur Urkundenfälschung als ungerechtfertigt bezeichnet und gerügt, daß ein über die Urkundenfälschung vernommener Zeuge zu Unrecht unvereidigt geblieben sei[57]), so müßte das Revisionsgericht, wenn es den Prozeßverstoß durchgreifend findet, das untergerichtliche Urteil in vollem Umfang aufheben. Denn die Gründe, die für die Unbeachtlichkeit der Teilung durch den Rechtsmittelwerber angeführt werden, sprechen, wenn sie richtig sind, genau so für die Unzulässigkeit einer Teilung durch das Rechtsmittelgericht. Besteht zwischen den Bestandteilen des Schuldspruchs wirklich jener enge Zusammenhang, wie man behauptet, so wäre nicht einzusehen, wie ihn das Rechtsmittelgericht derart sollte lösen können, daß nunmehr die untere Instanz in genau die gleiche Lage käme, in die angeblich der Rechtsmittelwerber wegen jenes engen Zusammenhangs das Rechtsmittelgericht nicht versetzen könnte. Wer eine im Schuldspruch geteilte Anfechtung nicht zuläßt und gleichwohl eine im Schuldspruch geteilte Zurückweisung der Sache durch die höhere Instanz zuläßt, widerspricht sich selbst.

Jene Lehre von der Unzerreißbarkeit des Schuldspruchs ist aber unrichtig. Es besteht kein Grund, hinsichtlich der Teilungsmöglichkeit an der Stelle haltzumachen, wo sich Straf- und Schuldspruch scheiden[58]).

Denn erstlich ist es ganz aussichtslos, die logische Zerlegbarkeit des Schuldspruchs in Bestandteile bestreiten zu wollen: Sonderung der Qualifikationen der Tat; Sonderung von Straferhöhungsgründen wie von Minderungsgründen; Sonderung des Vorliegens von Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe; des Vorliegens von Versuch oder Vollendung sind vor unserem Denken tunlich, ohne daß eine diese Bestandteile heraushebende Anfechtung die übrigen Stücke des Schuldspruchs notwendig mitreißen müßte. Widersinnig wäre dagegen die Hinnahme der Bejahung eines qualifizierenden Umstands bei Anfechtung der Bejahung des Grunddelikts u. dgl.[59]).

---

[57]) Man denke an den Fall, daß der Angeklagte nicht bestreitet, daß er den anderen zu einem mündlichen Schwindelmanöver bestimmt hat, und nur leugnet, daß dabei irgendeine gefälschte Urkunde eine Rolle gespielt habe oder habe spielen sollen.

[58]) Ganz richtig betont Ditzen in diesem Archiv 53, 56 die Unfolgerichtigkeit der reichsmilitärgerichtlichen Auffassung; man komme so »weit über die ältere Praxis des RMilGer. hinaus«, wie sie doch die Plenarentscheidung in Bd. 8, 115 glücklich hinter sich gelassen hat.

[59]) Übrigens wird in der Regel das bei der Frage der Einheitlichkeit und Unspaltbarkeit des Schuldspruchs zu behandelnde Problem dadurch verzerrt, daß die Frage, ob die »Tatfrageentscheidung« und die »Rechtsfrageentscheidung« gesondert angefochten werden könnten, mit hineingeworfen wird. Nach dem oben S. 176 Ausgeführten gehört diese Frage nicht hierher, sondern betrifft die Spaltung im cur der Anfechtung.

Man darf gegen die logische Trennbarkeit speziell der Tatqualifikationen bei Idealkonkurrenz auch nicht etwa ausspielen, daß sich mit dem Wegfall der einen Qualifikation sofort auch die Strafzumessung ändern muß. Letzteres ist natürlich richtig; stand die jetzt wegfallende Qualifikation unter der lex poenalis major, so ist damit ja dem Strafausspruch seine Grundlage entzogen; und auch wenn jene nur der lex poenalis minor zugehörte, entfällt jedenfalls der Einfluß auf die Strafzumessung an der Hand des beibehaltenen Strafgesetzes, den die Idealkonkurrenz übt. Aber das bedeutet nur, daß die Anfechtung jeder einzelnen Qualifikation den ganzen Strafausspruch in Mitleidenschaft zieht (es also eine Unterwerfung unter den Strafausspruch bei Anfechtung auch nur einer der bejahten Qualifikationen nicht gibt). Wieso dagegen nicht nunmehr das verbliebene Stück des Schuldspruchs sollte unverändert die Grundlage für den neuen Strafausspruch bilden können, wenn die andere Tatqualifikation dahin gefallen ist, ist unerfindlich.

Soweit aber logische Trennbarkeit besteht, greifen sofort alle an der ratio orientierten Erwägungen Platz, wie sie für die Zulassung der Trennung der Anfechtung im Hinblick auf den Strich zwischen Schuld- und Straffrage gelten[60]). Wiederum muß der Gedanke durchschlagen, daß, wenn nun einmal das Rechtsmittelinstitut dem Interesse des Rechtsmittelwerbers dienen soll, das Teilungsverbot diesen Zweck überschießen und unnötige Arbeit und Kosten mit sich bringen würde.

Nur erhebt sich auch hier wieder der Übelstand, daß das erklärte cur der Anfechtung auch auf die im Punkte des quid der Anfechtung als außerhalb liegend bezeichneten Bestandteile des Schuldspruchs übergreifen kann[61]). So zunächst, wenn ein Prozeßverstoß gerügt wird: Der Angeklagte, der die Verurteilung wegen des Grunddelikts auf sich nehmen und nur den Straferhöhungsgrund von sich abwälzen, oder der nur die Verurteilung wegen vollendeter Tat auf eine von ihm als richtig zugegebene Verurteilung wegen Versuchs herabdrücken, oder der statt als Täter oder Anstifter nur als Gehilfe verurteilt sein will, oder der bei angenommener Idealkonkurrenz von Urkundenfälschung und Betrug nur die Beseitigung des Schuldspruchs, soweit er den Betrug bejaht, anstrebt, macht etwa die Unzulässigkeit der Strafverfolgung[62]) oder das Fehlen einer spezifischen Sachurteilsvoraussetzung[63]) oder das Fehlen

[60]) Oben S. 172ff.

[61]) Vorkommen kanu natürlich außerdem noch, daß der im cur geltend gemachte Beschwerdepunkt zu dem angefochtenen Bestandteil des Schuldspruchs überhaupt keine Beziehungen hat, sondern nur zu dem nichtangefochtenen. (Bei der Teilung zwischen Schuld- und Straffrage kann Entsprechendes nicht vorkommen, weil jeder in die Schuldfrage hineinfallende Beschwerdepunkt, auch wenn er an sich nicht innerhalb der Straffrage liegt, doch via Schuldfrage den Strafausspruch mitbedingt.) Diese Fälle erledigen sich aber einfach: Der nichtangefochtene Bestandteil des Schuldspruchs geht das Rechtsmittelgericht nichts an, und hinsichtlich des anderen ist, soweit die erhobene (irregehende) Rüge die einzige erhobene ist und Rügespezialisierungszwang besteht, das Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen, im übrigen die Begründetheit nach den allgemeinen Regeln zu prüfen.

[62]) Beispiele oben S. 185 unter a. [63]) Beispiele oben S. 185 unter b.



einer solchen Urteilsqualitätsvoraussetzung geltend, die auch den Schuldspruchrest bedingt [64]). Oder — materiellrechtliche übergreifende Rüge —: Der Angeklagte hat bei einem in der vorerwähnten Weise gegenständlich geteilten Rechtsmittel gerügt, daß er nicht der Täter sei, oder daß er nur Notwehr geübt habe oder volltrunken gewesen sei u. dgl.

Es kann sogar — noch weitergehend — sein, daß eine Begründung nicht bloß in einen anderen Bestandteil desselben Schuldspruchs, sondern in einen anderen Schuldspruch, der im gleichen Urteilsakt steckt, übergreift. Hier schlägt namentlich der Fall ein, daß die Anfechtungsgründe auf das Vorliegen von Tateinheit statt Tatenmehrheit abheben. Das Urteil lautete etwa auf Verurteilung wegen zweier Diebstähle, der Angeklagte hat sich der einen Verurteilung unterworfen, die andere ficht er mit der Begründung an, daß diese Tat mit jener zusammen ein idem sei, sei es identisch im strengen Sinne, sei es identisch im Sinne des strafrechtlichen Zusammengehörens der beiden Handlungen unter dem Gesichtspunkte der Tateinheit. Diese Begründung greift möglicherweise auch in den für nicht angefochten erklärten Schuldspruch 1 hinüber; so bei Behauptung von Identität im engsten Sinne, wenn sie sich verbindet mit einer das »Schuldig« bei Tat 2 überhaupt leugnenden Begründung (Notwehr, Volltrunkenheit usw.): denn wenn Tat 2 nicht unter ein »Schuldig« zu stellen ist und sie sich mit Tat 1 absolut deckt, so bedeutet das eben auch ein Ankämpfen gegen die Verurteilung zu 1.

III. Die Rechtskraft des unangefochtenen Schuldspruchbestandteils.

Auch hier ist, wie bei A, von Vorteil, solche fatalen Fälle zunächst beiseite zu stellen, und sich an den normalen klarzumachen, welche rechtliche »Rechtskraft«-Wirkung das nicht angefochtene Entscheidungsstück hat. Die Frage stellt sich hier nur nicht dahin, inwiefern man dem Schuldspruch, sondern dahin, inwiefern man einem (logisch absonderbaren und vom Rechtsmittelwerber tatsächlich abgesonderten) Schuldspruch*bestandteil* Rechtskraft zusprechen könne.

Vorweg ist hier zu betonen, daß bei Teilanfechtung des Schuldspruchs von einer korrespondierenden Rechtskraft auch des *Strafausspruchs*, wäre es auch zum Teil, keine Rede sein kann. Der Strafausspruch steht und fällt mit *dem Schuldspruch, so wie er ist*; wird aus dem Schuldspruch auch nur eines der ihn bildenden Momente ausgeschaltet, so ist damit auch das Strafgesetz, aus dem sich der Strafteil des Urteils herleitet, entweder selbst erschüttert oder (bei Streichung der milderen Tatqualifikation im Falle der Idealkonkurrenz) zum mindesten in der Art seiner Anwendung beeinflußt.

---

[64]) Z. B.: er ist, während ihm der Eröffnungsbeschluß Diebstahl zur Last legte, ohne *jeden* Hinweis auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes unter dem Gesichtspunkt einer Unterschlagung in Idealkonkurrenz mit Betrug verurteilt worden, unterwirft sich der Schuldigsprechung unter dem ersten Gesichtspunkt, ficht aber die Schuldigsprechung unter dem Gesichtspunkt des Betrugs mit der Begründung an, daß der § 264 StPO. verletzt sei.



Der Strafausspruch bleibt also stets ganz in lite. Nur ist, wenn es infolge der Rechtsmitteleinlegung zu einem neuen Strafausspruch kommt, der rechtskräftige Schuldspruchbestandteil in der Weise »bindend«, daß der neue Strafausspruch zumindest in seinem Sinne ergehen muß: er kann infolge der in lite verbliebenen Schuldspruchsbestandteile die sich aus dem rechtskräftigen Bestandteil ergebende Strafverhängung überbieten, von ihr abbrechen kann er nichts. So ist, wenn der Angeklagte seine Verurteilung lediglich insoweit angefochten hat, als sie sub titulo des vollendeten Delikts statt bloßen Versuches erging, mindestens die Verurteilung zur Strafe wegen Versuchs unausweichlich. Damit kann sich unter Umständen noch eine Bindungskraft des rechtskräftigen Schuldspruchbestandteils mit Bezug auf die Neuformulierung des ganzen Schuldspruchs verbinden. Jener Bestandteil ist nämlich nicht immer gebrauchsfertig im Tenor des angefochtenen Urteils formuliert. Er ist es zwar dann, wenn er auf Unterstellung der Tat unter einen rechtlichen Gesichtspunkt lautet, und lediglich die gleichzeitige Unterstellung der Tat unter einen idealkonkurrierenden angefochten ist; dann bedarf es, wenn das Rechtsmittel durchdringt, nur der Streichung der Tenorworte »in rechtlichem Zusammenflusse mit . . .«, und der für den Strafausspruch maßgebende rechtskräftige Schuldspruch ist da; ähnlich, wenn nur das Obwalten eines Straferhöhungsgrundes noch offene Frage war; es braucht z. B. nur aus dem Tenor, der »wegen schweren Diebstahls« Strafe verhängte, das Wörtchen »schweren« gestrichen zu werden. In anderen Fällen aber ist, wenn das Teilrechtsmittel durchdringt, eine dem rechtskräftigen Rest entsprechende Formulierung noch nicht äußerlich vorhanden. So nicht, wenn der Angeklagte »wegen Diebstahls« verurteilt war und er die Herabdrückung des Schuld- und Strafausspruchs auf Diebstahlsversuch oder -Beihilfe erzielt. Es versteht sich, daß die Neuformulierung genau nach Maßgabe des rechtskräftigen Schuldspruchteils erfolgen muß.

Denn natürlich ist der rechtskräftige Schuldspruchsteil auch innerhalb der Schuldfragebeantwortung selber bindend, d. h. wie diese hinsichtlich des angefochtenen Rests auch ausfallen möge, der rechtskräftige Bestandteil ist unantastbar. Nur bedeutet das nicht, daß dieser zur Ziehung der logischen Konsequenzen aus ihm für den Restbestandteil nötigte. Der Gedankengang des Gerichts darf nicht der sein: wenn, was ja als feststehend hinzunehmen ist, der Angeklagte (z. B.) des Tatversuchs oder der einen Tatqualifikation schuldig ist, dann ist er nach Lage des Falles sogar der Vollendung oder der Idealkonkurrenz so, wie das angefochtene Urteil annahm, schuldig, und somit sein Rechtsmittel unbegründet. Der angefochtene Schuldspruchsbestandteil ist vielmehr in voller Freiheit zu prüfen, zu bejahen, zu verneinen, nur daß dabei eben stets nur hinsichtlich des in lite befindlichen Teils, nicht hinsichtlich des abgetanen Stellung zu nehmen ist. Ob dabei die neugetroffenen Durchgangsfeststellungen mit den den rechtskräftigen Bestandteil unterbauenden in Einklang stehen oder nicht, ist belanglos. Diese Durchgangsfeststellungen gehen zwar in ihrer Eigenschaft als solche für den rechtskräftigen Bestandteil das Rechtsmittelgericht nichts an, aber eben

auch nur in dieser Eigenschaft, und eine bindende Kraft wohnt ihnen nicht bei. Alles entsprechend, wie bei der zwischen Schuldspruch und Strafausspruch hindurchlaufenden Rechtsmittelteilung.

Aber auch im übrigen setzt hier die gleiche Betrachtungsweise wie hinsichtlich der Rechtskraft des im ganzen Umfang unangefochten gebliebenen Schuldspruchs ein. Namentlich beschränkt sich auch hier die Bindung auf die höheren Instanzen (und — bei Zurückverweisung — die weiteren Unterinstanzen) dieses Prozesses; und das Ne bis in idem heftet sich erst an das den »rechtskräftigen« Schuldspruchsbestandteil in sich aufnehmende rechtskräftige Vollurteil.

Das hier Ausgeführte wirft aber noch ein besonderes Licht auf die Tragweite des Verbots der reformatio in pejus. Mit Zähigkeit erhält sich die Meinung, daß, wo das Gesetz nur die »härtere Strafe« als verbotenes pejus nennt, auf das Rechtsmittel des Angeklagten (oder das vom Gegner zu seinen Gunsten eingelegte) hin, wofern es überhaupt den Schuldspruch mit betraf, die inhaltliche Beantwortung der Schuldfrage sehr wohl ein pejus gegenüber dem angefochtenen Urteil bringen könne; ja, es wird sogar der seinem Wortlaut nach weitergreifende § 372 StPO. im Sinne des § 398 II StPO. ausgedeutet. Bei solcher Auslegung wird übersehen, daß die Interessenwägung, die das Gesetz bei Gewährung der Rechtsmittel zugrunde gelegt hat, also die empirische ratio, die dem ganzen Komplex der das Rechtsmittelverfahren beherrschenden Rechtssätze zugrunde liegt, schon ohne einen besonderen dies aussprechenden Paragraphen zu dem Verbot der reformatio in pejus führt[65]). Sobald das Urteil der ersten Instanz fertig vorliegt, ist es fortan die Partei, die einseitig die Aufgabe stellt, die noch zu lösen ist, wenn sie überhaupt eine solche stellt. Solange nicht dieser Grundgedanke über den Haufen geworfen und damit das ganze Rechtsmittelinstitut grundsätzlich geändert wird, bestimmt das geltend gemachte Parteiinteresse die Richtung der Prüfung. Liegt nun, wie es sicher ist, die Ungünstigerstellung im Schuldpunkt nicht im Interesse des Rechtsmittelwerbers — kann dieser doch nicht ein Rechtsmittel einlegen, um solche Ungünstigerstellung zu erzielen —, so heißt das, daß, wenn er den ergangenen Schuldspruch angreift, der Schuldspruchsinhalt auch qualitativ das Schlimmste bedeutet, was sich auf sein Rechtsmittel hin ergeben kann. An das psychologische Hemmnis, das die Aussicht auf mögliche Schlimmerstellung einer an sich vielleicht sehr berechtigten Rechtsmitteleinlegung in den Weg legt, braucht man dabei gar nicht einmal zu denken[66]).

---

[65]) So daß es — für den Bereich des Militärstrafprozesses — gar nicht entscheidend ist, daß die MStGO. in ihren Vorschriften nur das Verbot der härteren Strafe namhaft macht.

[66]) Der Fehler der Gegenmeinung tritt besonders deutlich in dem Falle hervor, daß einesteils der Angeklagte, andernteils der Staatsanwalt, dieser aber in Beschränkung auf die Straffrage, das Rechtsmittel angebracht hatte. Soll, so fragt das Reichsmilitärgericht 15, 127, die höhere Instanz nun, wenn sie den Schuldspruch verschärft, die Strafzumessung innerhalb des vorinstanzlich angenommenen Straf-

Die Tragweite des Verbots der reformatio in pejus wird vollends klar, wenn man beachtet, daß jedes verurteilende Urteil außer der ausgesprochenen Verurteilung latent eine Freisprechung hinsichtlich aller sonstigen rechtlichen Gesichtspunkte in sich schließt. Und eben diese Freisprechung ficht der Angeklagte nicht an, kann er, weil sine gravamine für ihn, gar nicht anfechten. Es ist also jedes Rechtsmittel, das der Angeklagte im Schuldpunkt einlegt, ein geteiltes: nur die Frage, ob er mit Recht nach Maßgabe des Schuldspruchs verurteilt worden sei, legt er dem Rechtsmittelgericht vor, und nur sie kann letzteres prüfen. Die Frage, ob er mit Recht darüber hinaus freigesprochen worden sei, ist als eine von ihm nicht gestellte und nicht stellbare jeder Prüfung durch das Rechtsmittelgericht entzogen. Dieser negative Bestandteil des Schuldspruchs ist »rechtskräftig« im obigen Sinne geworden.

Sagt also das Gesetz, daß dem Angeklagten »eine härtere Strafe« nicht widerfahren dürfe, so hebt es damit nur einen besonders ins Auge fallenden einzelnen Anwendungsfall des Prinzips hervor. Derartige Paragraphen könnten ganz fehlen, und das Verbot der reformatio in pejus gälte doch; stehen sie im Gesetz, so fordern sie den Analogieschluß hinsichtlich des Schuldspruchs heraus.

Die hier abgelehnte Auffassung liest den Gesetzestext so, als laute er: auf das Rechtsmittel hin sei »nur« eine »härtere Strafe« verboten, sonst aber jede Ungünstigerstellung erlaubt. Sie verkennt dabei — ganz abgesehen davon, daß das Gesetz gerade nicht so lautet —, daß dies bedeuten würde: Das Rechtsmittelgericht habe über das Maß der erklärten Anfechtung hinaus, also von Amts wegen zu prüfen, ob der Schuldspruch etwa zu milde sei. Nun ist solche Amtsprüfung in der Rechtsmittelinstanz zwar insofern ohne weiteres mit dem Charakter des Rechtsmittelinstituts verträglich, als es sich um gewisse Grundsätzlichkeiten des Gesamtverfahrens und um das vom Rechtsmittelgericht selber zu betätigende Verfahren handelt. Denn da handelt es sich darum, ob überhaupt dem Rechtsmittel näherzutreten ist. Wo es aber zur sachlichen Entscheidung über das Rechtsmittel kommt, da muß der Gedanke durchschlagen, daß das Rechtsmittelgericht nur dazu da ist, den gravamina der Partei abzuhelfen. Eben deshalb hat dieses z. B. den Schuldspruch nicht »v. A. w.« nachzuprüfen, wenn er jenseits der Anfechtung steht. Sollte das Rechtsmittelgericht befugt sein, den sich als latente Freisprechung darstellenden Schuldspruchsbestandteil v. A. w. zu prüfen, so müßte dies als Ausnahme von der Regel besonders verordnet sein. Bedurfte es doch sogar, um das Revisionsgericht bei »materieller« Rüge in den Stand zu setzen, im cur der Anfechtung über das geltend gemachte Spezialgravamen hinauszugehen,

gesetzes finden oder nach Maßgabe des von ihm selbst zur Schuldspruchsgrundlage genommen?; geantwortet wird in letzterem Sinne. Der gegenteiligen Auffassung RG., Leipziger Ztschr. f. dtsch. R. 10, 1385. Aber diese höchst verzwickte Frage kann richtigerweise — wenn man die schärfere Qualifikation als rechtlich ausgeschlossen erkennt — überhaupt nicht auftauchen. Gegen die Entscheidung auch Rosenfeld, Lehrbuch, 4./5. Aufl., S. 256 Anm. 3.



der Sondersatzung in § 392 I StPO. Man wird nicht bezweifeln können, daß beim Fehlen des § 392 die Nachprüfung auf den speziellen Beschwerdepunkt beschränkt sein würde[67]).

Nur ein Einwurf wäre noch zu erwarten: Wenn der Tenor des angefochtenen Urteils den Angeklagten des Diebstahls schuldig spricht, ihn also mit Bezug auf die Tat unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung, des Mundraubs usw. latent freispricht, ist dann sein Rechtsmittel nicht so begrenzt, daß die höhere Instanz einzig mit der Prüfung der Diebstahlsqualität befaßt ist, und wenn diese verneint wird, nicht nur Schuldigsprechung unter schwererem Gesichtspunkt, sondern überhaupt Schuldigsprechung unter jedem anderen, als dem Diebstahlsgesichtspunkt ausgeschlossen, also Freisprechung geboten ist? Ist nur die Frage an das höhere Gericht devolviert, ob die Tat ein Diebstahl sei, wie kommt es dazu, zu antworten, sie sei eine Unterschlagung? Gewissermaßen ein excessus mandati?

Der Einwurf ist leicht zu entkräften. Es ist zwar das Interesse der Partei nach Ob und Umfang, das dem Rechtsmittelinstitut sein Gepräge aufdrückt, aber doch nur das »berechtigte« Interesse. Will der Angeklagte den ihm mißfälligen Schuldspruch beseitigt wissen, so mag er dagegen ankämpfen, und muß sicher davor sein, daß er auf sein Rechtsmittel hin aus dem Regen in die Traufe kommt; ihn dahin zu bringen, mag der Gegner besorgen. Will er aber den Fehler im Schuldspruch zugleich dazu benutzen, sich auch gegen einen gleichwertigen oder wertgeringeren Schuldspruch sicherzustellen, so ist, wenn ihm dies deutlich vorschwebt, die Hinterlist offenbar. Spräche er sich bei seiner Anfechtung dahin aus, daß er die Aufhebung des Schuldspruchs bezwecke und sich jede andere Qualifikation der Tat verbitte, so würde solche Rechtsmittelteilung nicht zulässig sein, und man stünde nur vor der Wahl, das Rechtsmittel entweder als nichteingelegt oder es als in der gewöhnlichen Weise eingelegt anzusehen. Legt er die Beschränkung nicht hinein, dann wirkt das Rechtsmittel so, daß es dem Rechtsmittelgericht die Prüfung der Tat unter dem alten Gesichtspunkt und unter gleich- wie geringerwertigen Gesichtspunkten eröffnet. Kann doch auch im Strafpunkt der Angeklagte, der seine einjährige Gefängnisstrafe von sich abwälzen will, nicht darum, weil just das eine Jahr nicht richtig zugemessen ist, sondern etwa sechs Monate die angemessene Strafe sind, verlangen wollen, daß deshalb sogleich das Strafminimum Platz greife! Die Gedankengänge, die zur Erstreckung des Verbots der reformatio in pejus auf die Qualifikation innerhalb des Schuldspruchs führten, bleiben also unerschüttert.

---

[67]) Die Unhaltbarkeit der Meinung, daß eine reformatio in durius im Schuldpunkt statthaft sei, zeigt sich auch an der Hand des alsdann zu wählenden Tenors. Man muß wohl oder übel — mit RMG. 18, 238 — dabei anlangen, daß zu tenorieren ist: »Auf die Berufung (Revision) des Angeklagten wird das Urteil — — aufgehoben und — —« (folgt die härtere Qualifikation); also das Rechtsmittel des Angeklagten ist erfolgreich — ein merkwürdiger »Erfolg«! In Wahrheit hat doch das Rechtsmittel keinen Erfolg, im Gegenteil!

IV. Übergreifende Urteilsverstöße; Gesetzesänderung.

Was die Rechtskraft des unangefochten gebliebenen Schuldspruchbestandteils bedeutet, ist damit klargelegt. Hinsichtlich der Fälle, in denen das cur des angefochtenen Bestandteils in den unangefochtenen übergreift, ergibt sich das Weitere von selbst. Es verhält sich hier nicht anders, als wenn das cur der Strafausspruchsanfechtung den Schuldspruch mit ergreift. Auch hier kann das cur die ipso-jure-Nichtigkeit auch des unangefochten gebliebenen Stückes der Entscheidung ergeben; dann erwachsen aus der Rechtsmittelteilung keine Übelstände; das nichtige Urteil ist und bleibt unschädlich, ohne in seinem unangefochtenen, nur scheinbar rechtskräftigem Bestandteil formell »aufgehoben« werden zu können oder zu müssen. Auch hier wird ferner der Rechtsmittelteilung die Spitze abgebrochen, wenn der Beschwerdepunkt in einer prozeßrechtlichen Unstatthaftigkeit des ganzen Verfahrens ab ovo besteht; das Verfahren ist durch die Rechtsmittelinstanz einzustellen, und damit wird der »rechtskräftige« Schuldspruchsbestandteil, weil nicht durch rechtskräftigen Strafausspruch dieses Prozesses gekrönt, hinfällig. Auch hier aber endlich der Übelstand, daß im übrigen der übergreifende Beschwerdepunkt uneinheitlich wirkt: trotz seiner Aufrechtbleiben des alten Schuldspruchsbestandteils, wegen seiner Aufhebung des angefochtenen. Aber auch hier kommt die Rettung, wenn gesetzlich mit der Regelung gebrochen wird, daß die gegenständliche Begrenzung des Rechtsmittels der Begründung des letzteren voranlaufen kann [68]). Ich würde wünschen, daß dieser Forderung bei künftiger Reform des Strafprozesses die genügende Beachtung geschenkt würde.

Wer in seinen Forderungen an die lex ferenda weitergehend von der Gesetzgebung eine ausdrückliche Bestimmung heischt, die jede Rechtsmittelteilung für wirkungslos erklärt, den beseelt unzweifelhaft ein hohes und schönes Gerechtigkeitsideal. Ihm ist der Gedanke unerträglich, daß das Rechtsmittelgericht bloß deshalb gehindert sein soll, das, was Rechtens ist, zu verwirklichen, weil Parteienverfügung ihm dabei im Wege steht. Er darf sich aber dann nicht darüber täuschen, daß es eine Halbheit ist, nur für das gelegentlich eines Rechtsmittels urteilende Gericht solche Freiheit zu fordern. Der ideale Grundgedanke führt in gerader Linie zu der Forderung, daß, wo überhaupt ein Gericht ein in Form eines Urteils begangenes Unrecht, es sei dem Angeklagten günstig

---

[68]) Kurzsichtig wäre der Einwand, daß man dem Angeklagten, wenn man ihn an alsbaldigem Teilverzicht auf das Rechtsmittel hindere, insofern eine Härte zufüge, als sich so für ihn der Zeitpunkt, von dem ab Untersuchungshaft gemäß § 482 StPO. zur Anrechnung komme, notwendig hinausschiebe. Jede Teilanfechtung des Schuldspruchs entzieht ja, worauf schon oben hingewiesen wurde, dem Strafausspruch ganz die Unterlage, so daß § 482 auch schon nach geltendem Recht nicht in Frage kommt. Um Mißverständnissen entgegenzutreten, sei noch unter Bezugnahme auf oben S. 165, Anm. 3 bemerkt, daß sich die vorgeschlagene Regelung natürlich nur auf Teilanfechtung eines identischen Schuldspruchs bezieht, nicht auf die Anfechtung nur eines von zwei im selben Urteilsakt steckenden Schuldsprüchen (Real-

oder nicht, erkennt, es dieses Urteil müsse aus der Welt schaffen können, so z. B. wenn es im Prozeß gegen den Teilnehmer das gegen den als Haupttäter zuvor Abgeurteilten ergangene Urteil als falsch erkennt. Der Zufall, ob die Angelegenheit infolge einer auf ganz andere Dinge bezüglichen Rechtsmitteleinlegung gerade noch im selben Prozeß Unterschlupf findet, kann bei dem idealen Ziel, das verfolgt wird, gewiß keine Rolle spielen. Mit anderen Worten: es handelt sich um volle Preisgabe des Rechtsmittel- und Rechtskraftprinzips — um das Ideal des Inquisitionsprozesses.

Ich wäre nun gewiß der letzte, der die Rechtskraft mit ihrer Möglichkeit, geschehenes Unrecht hieb- und stichfest zu machen, an sich als etwas Herrliches priese [69]). Man muß sich in sie mit Seufzen schicken, weil das ständige Offenhalten einer Umwerfung gewonnener Ergebnisse eine Quälerei wäre. Aber aus letzterem Grunde muß ihr das Strafprozeßrecht leider seinen Tribut bringen. Mag man sich auch sonst zu der Frage, ob der Strafprozeß ein »Parteiprozeß« sei, stellen, wie man will: das eine wird man zugeben müssen, daß es »genug des grausamen Spiels« sein muß, wenn einmal ein Urteil vorliegt und weder der Staat durch seine zur umfassenden Wahrung des öffentlichen Interesses (pro und contra reum) gegenüber dem Urteil berufenen Organe, noch der Angeklagte auf Nachprüfung bestehen. Wird doch hier die Bedürfnisfrage von drei Stellen als erledigt angesehen: von dem erkennenden Gericht, von dem verordneten Spezialhüter der Staatsinteressen und dem Angeklagten selber. Was aber der Strafsache im ganzen recht ist, das sollte auch ihrem außerhalb des Nachprüfungsbedürfnisses liegenden Teile recht sein; und nicht minder sollte sich die Nachprüfung beschränken auf die Begründungspunkte, hinsichtlich deren der Anfechtende eben erklärt, daß ihn gerade da der Schuh drücke. Gewiß kann bei Rechtsmittelteilung der Angeklagte dazu mitwirken, daß ein nach Gegenstand oder Grund unhaltbares Urteil contra jus bleibende Wirkung erlangt. Aber solche Verfügungsgewalt hat er ja

---

konkurrenz). Die Erklärung des Angeklagten, daß er nur die Verurteilung hinsichtlich der einen Tat nicht anfechte, würde ein Vollverzicht auf das Rechtsmittel bezüglich dieser sein, also insofern würde relative Rechtskraft eintreten; übrigbliebe nur der Übelstand, daß, wenn der Angeklagte nachher das Rechtsmittel wegen der anderen Tat damit rechtfertigt, daß erstlich die beiden Taten identisch seien, und zweitens er nicht schuldig sei — vgl. oben S. 201 —, trotz vollen Durchgreifens dieser Beanstandung im Rechtsmittelwege doch nur die eine Verurteilung beseitigt werden könnte. Aber das wäre im prozeßrechtlichen Sinne gar nichts Absonderliches. Der Fall läge nicht anders, als wenn in einem Vorprozeß die Tat rechtskräftig unter Strafe gestellt worden wäre, das Erstinstanzgericht im späteren Prozeß Verurteilung wegen einer »anderen« Tat ausgesprochen hätte, und nun das Rechtsmittelgericht zugleich die Identitat der Taten und die Nichtschuld erkennte. Ja korrekterweise kann in diesem wie in jenem Falle das Rechtsmittelgericht der Schuldfrage in amtlicher Eigenschaft sachlich gar nicht nähertreten, also nicht die Schuld verneinen; denn wenn es Identität der Strafsachen bejaht, so ist ihm damit der Weg versperrt, auf die Schuld- (und Straffrage) einzugehen: Ne bis in idem! Es ist lediglich das noch anhängige Verfahren einzustellen.

[69]) Vgl. meine Ausführungen in der Ztschr. StRW. 36, S. 653.

sogar gegenüber dem in vollem Umfang unstatthaften Urteil, indem er kein Rechtsmittel einlegt. Wer sich endlich darüber beunruhigt, daß sich der Angeklagte bei solcher Selbstunterwerfung unter ein zu Unrecht ergangenes Urteil nicht bloß ins eigene Fleisch schneidet, sondern auch einen vom Standpunkte der Gesamtheit aus unerwünschten Erfolg herbeiführt, der übersieht, daß die Gesamtheit zur Wahrung dieser Interessen in der Person des Staatsanwalts oder Gerichtsherrn ihren Anwalt hat, der Staat also Manns genug ist, um durch eigene Rechtsmitteleinlegung jener Selbstunterwerfung des Angeklagten den Wind aus den Segeln zu nehmen. In diesem Sinne bildet auch für die richtige Einschätzung des Werts oder Unwerts der Rechtsmittelteilung der Hinweis Birkmeyers[70]) darauf, daß bei den Rechtsmitteln die Möglichkeit einer Disposition des Angeklagten durch die staatsanwaltschaftliche zweiseitige Rechtsmittelbefugnis paralysiert wird, einen Angelpunkt der Erörterung.

[70]) Strafprozeß S. 79.

Nachruf.

Staatsrat von Treutlein-Mördes ist am 25. September 1916 nach mehrmonatlicher Krankheit gestorben. Ihm als einem ausgezeichneten Mitglied der deutschen Reichsanwaltschaft, der dort das süddeutsche Element in ganz hervorragendem Maße vertreten hat, ihm als bayrischem Bundesratsbevollmächtigten, der seit 1906 hier zehn Jahre lang überall die schwierigsten Aufgaben löste und von dem es hieß, daß er alles mit ebenso großer Gründlichkeit wie umfassendem, freiem Geiste ausführte, ihm als dem lauteren Charakter, dem anspruchslosen Menschen und dem feinen, gewandten Weltmann möchte ich diesen Nachruf widmen, vor allem aber ihm, meinem ehemaligen lieben Schüler, der in den ersten Jahren, als ich in den akademischen Beruf eintrat, 1878 und die folgende Zeit, in Würzburg zu meinen Lieblingsschülern gehörte und sich schon damals durch eindringlichen Scharfsinn, umfassende Bildung, edle Gesinnung und ideales Wesen auszeichnete. Solche Schüler waren es, welche mir damals im akademischen Leben Anreiz und Sporn zur Lehrtätigkeit gaben und den Lehrberuf als eine wundersame Gabe des Schicksals erscheinen ließen. Das Band zwischen Lehrer und Schüler ward auch nie gelöst, und in den Fällen, in denen uns legislative Arbeiten zusammenriefen, trat stets zutage, daß er der Zeit gedachte, als wir — Lehrer und Schüler — im Praktikum zusammen wirkten.

Mögen uns Männer von gleicher Hingabe, gleicher selbstloser Opferwilligkeit und vor allen von gleichem Können auch in Zukunft beschieden sein.

Berlin.

Josef Kohler.

Der Prozeß des Sokrates.[1)]

Von Josef Kohler, Berlin.

Zur Feier von v. Birkmeyers siebzigstem Geburtstag.

§ 1.

Sokrates hat das große Verdienst, dem beweglichen griechischen Geist, dem nichts wahlverwandter war als das sophistische Spiel mit Begriffen, einen festen Halt gegeben zu haben, indem er in diese Begriffshüllen die Äußerungen eines großartigen, dem Gesamtwohl sich opfernden Charakters goß. So gelang es ihm, die Begriffe des Guten und Schönen als feste und ewige Werte zu entwickeln und die Bahn freizumachen, auf der Plato und Aristoteles weiter gingen. Daß es bei seinen Erörterungen nicht ohne begriffliche Gewaltsamkeiten abging, daß seine Beweise nicht selten in Spielerei ausarteten, muß dabei hingenommen werden; wo überall aber die Charaktergröße hervortritt, werden alle Schwächen durch die Bedeutung der Persönlichkeit zugedeckt. Daß übrigens in dieser Philosophie neben manchen Anregungen auch gewisse auflösenden Elemente steckten, ist ja sicher; nichtsdestoweniger war die Anklage wegen Asebie ein furchtbares Verbrechen und die Verurteilung eine Justizbeugung höchsten Grades; begreiflich, aber nicht entschuldbar durch den überaus unsicheren und unklaren Charakter des Verbrechens der Asebeia. Noch zittert in Platos Gorgias das Gemüt des großen Schülers nach über das unerhörte Unrecht, das dem Weisen widerfuhr. Ob die Platonische Apologie der wirklichen Verteidigungsrede entspricht, die Sokrates selbst gehalten hat, mag dahingestellt bleiben; nach meiner Ansicht zeugt sie vielfach zu sehr von der Technik der Platonischen Dialoge, als daß wir nicht darin eine freie Nachschöpfung Platos zu erblicken hätten; jedenfalls aber liegen in ihr die wesentlichen Momente, die Sokrates selbst in seiner Verteidigung vorgebracht hatte. Der Gedanke, daß man unter allen Umständen ohne Rücksicht auf die persönlichen Folgen das Rechte zu tun habe, daß man nicht der Stimme des Volkes nachgeben dürfe, wenn es gilt, unseren Posten auszufüllen, daß jeder Gottes Gebot zu befolgen und Gottes Geheiß zu erfüllen habe, ohne Lohn und ohne persönliche Vorteile, und daß unrecht handeln schlimmer ist als unrecht leiden, das sind alles wunderbare Sätze der Ethik, welche für alle Zeiten den Menschen erheben und seinem Tun eine höhere Weihe geben. Überall, wo die Manneswürde hervortritt, ist Sokrates groß und bewunderungswert, und daß in ihm das Gewissen, das daimonion, waltet, gibt seinem Wesen einen fast christlichen Charakter.

Richtig ist allerdings, daß eine solche Persönlichkeit nicht zur Politik taugte, am allerwenigsten in einer demokratischen Republik, wo man stets mit unreinen Elementen zu verkehren hat, und so ist dasjenige,

[1)] Anliegender Aufsatz erscheint in griechischer Sprache als Einleitung zu einem Werk meines Schülers Bisoukides, das den Prozeß des Sokrates ausführlich behandeln soll.

was er über die politischen Immoralitäten sagt, bei den Heliasten allerdings sehr unklug gewesen, aber es ist richtig; und so wird es in allen demokratischen Republiken sein, sofern in ihnen nicht ein starker sittlicher Geist obwaltet.

Auch die Ausführungen im Kriton über Staat und Gesetze haben einen hohen ethischen Gehalt, und wenn hier am Schluß die Gesetze als Persönlichkeiten auftreten und ihre Gebote entwickeln, so gehört dies zum rhetorisch mächtigsten, was Plato geschaffen hat.

§ 2.

Ganz anders aber muß das Urteil lauten, wenn wir die Jurisprudenz des Sokrates in Betracht ziehen. Sie ist im höchsten Grade dilettantisch und führt zu den gröbsten Irrtümern und Absurditäten[2]). Die moralische Hypertrophie des Mannes hat ihn blind gemacht für die juristischen Gesichtspunkte und die juristischen Unterscheidungen. So ist gleich die zweite Verteidigungsrede eine juristische Abenteuerlichkeit. Wie bei unseren Geschworenengerichten zuerst ein maßgebender Ausspruch über Schuld oder Nichtschuld erfolgt und dann, wenn auf Schuld erkannt ist, die Strafe festgesetzt wird, so war es in Athen bei den »schätzbaren Klagen«, den ἀγῶνες τιμητοί. Sokrates war mit geringer Majorität für schuldig erklärt worden, und es handelte sich um die Festsetzung der Strafe. Hier ist es eine der ersten juristischen Regeln, daß man sich auf den Standpunkt der Schuldigerklärung stellen und von da aus auf das weitere Verfahren über die Bestrafung einlassen muß. Eine vollständige Umwälzung des Prozesses ist in diesem zweiten Verfahren nur dann möglich, wenn prozessuale Nichtigkeiten zutage treten, welche den ganzen Prozeß erfassen, so daß das weitere Verfahren zur Einstellung führen muß, ebenso wie die früheren Akte des Verfahrens zur Einstellung hätten führen sollen. Die bloße materielle Unrichtigkeit aber bewirkt nicht die Nichtigkeit des Schuldausspruches: dieser bleibt bestehen, auch wenn er dem Angeklagten unrecht tut. Wenn daher auch der Verurteilte auf dem Standpunkt verharrt, daß er unschuldig sei, ja vielleicht gar lobenswert gehandelt habe, so ist bei der nunmehrigen Sachlage nur das eine sinngerecht, daß er eine möglichst niedere Strafe beantragt. Die Meinung, daß ein solcher Antrag im Widerspruch stehe mit seinem bisherigen Standpunkt und mit der Unschuldsverteidigung, ist ein juristischer Nonsens. Der Unschuldige kann, sobald ein Schuldurteil gegen ihn ergangen ist, seine Unschuld nur zur Geltung bringen, indem er dafür sorgt, daß das Gericht möglichst wenig auf der Bahn des objektiven Unrechts weiterschreitet. Das ist nicht etwa nur eine Sache des persönlichen Vorteils, sondern es ist auch eine Sache der Gerechtigkeit: der Verstoß gegen die Gerechtigkeit, welcher in der falschen Schuldigerklärung liegt, wird dadurch abgeschwächt, daß aus dieser ungerechten Verurteilung eine möglichst milde Strafe hervorgeht. Man darf in der Jurisprudenz niemals mit dem Kopf durch die

---

[2]) Es ist daher unrichtig, wenn das Altertum den Sokrates wegen seines gerichtlichen Verhaltens lobte; Xenophon, Memorabilien IV, 4.



Wand laufen, sondern muß mit den gegebenen Faktoren rechnen. Ein Verteidiger, der in diesem Falle, sobald der Schuldspruch der Geschworenen ergangen ist, etwa bei dem Gerichte beantragen wollte, daß der Angeklagte trotzdem vom Gerichte nicht nur freigesprochen, sondern noch mit einer Ehrenmedaille ausgezeichnet werde, hätte zu gewärtigen, daß man ihn anwaltlich rügt: man könnte einen solchen Verteidiger unmöglich gewähren lassen, er würde schwer gegen seine Pflicht verstoßen. So aber handelte Sokrates, indem er den Antrag stellte, man sollte ihm, obgleich er für schuldig erklärt war, eine Versorgung im Prytaneion gewähren [3]). Denn was er schließlich von Geldstrafe sagte, war nebenbei bemerkt und kaum im Sinne eines ernstlichen Antrages zu verstehen. Hätte er aber auf Verbannung angetragen, so wäre diese sicher erfolgt und damit eine Schmach des alten Griechentums vermieden worden.

Noch schwerer aber sind die juristischen Fehler, welche sich im Kriton finden. Es ist oben hervorgehoben worden, daß die Stelle, worin Sokrates die Gesetze personifiziert und sie auf sich einreden läßt, zu den Glanzstücken der Rhetorik gehört; allein was sie besagt, ist juristisch verkehrt. Es ist richtig, daß ein jeder von uns dem Staate dienen muß, und daß wir für die ungeheuren Wohltaten des Staatslebens ihm auch die größten Opfer zu bringen haben; aber es ist falsch, anzunehmen, daß man einem ungerechten Kriminalurteil entgegenkommen und es ohne weiteres auf seine Schultern nehmen soll. In dieser Annahme liegen zwei schwere juristische Verstöße. Einmal ist ein ungerechtes Strafurteil durchaus keine unerschütterliche Norm; der Staat beansprucht keine Unfehlbarkeit, das Strafurteil kann unrichtig sein, und es ist keine Bürgerpflicht, um des Staates willen die Unrichtigkeit zu verschweigen und sich als schuldig darzustellen; es ist vielmehr Recht und Pflicht, dafür zu kämpfen, daß die Wahrheit an den Tag kommt, und daß der Staat von der Befleckung befreit wird, welche ein Justizirrtum auf ihn lädt. Der Staat hat eine große Fülle von Heiligkeit, aber er hat nicht die Heiligkeit, daß er ein falsches Kriminalurteil zum richtigen macht und ihm wie durch das Wasser des Styx die anhaftenden Mängel abstreift. Im Gegenteil: wer für das Richtige kämpft und es schließlich dahin bringt, daß die Wahrheit siegt, der handelt gerade im Interesse des Staates, ebenso wie derjenige, der dafür tätig ist, daß eine falsche, die Kultur bedrängende Maßregel aufgehoben wird. Darum das Mittel der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Aber auch wenn das Urteil ein gerechtes ist, so ist der Gedanke der Rechtsordnung nicht, daß der Angeklagte schuldig sei, dem Vollzug des Urteils entgegenzukommen, oder überhaupt, daß er zu irgendwelcher Tätigkeit verpflichtet sei, um die Vollziehung des Urteils zu ermöglichen, oder daß er jede Tätigkeit unterlassen solle, welche den Vollzug des Urteils erschwere. Dritte Personen zwar sollen dem Urteil nicht hemmend in den Weg treten, sie sollen die Gerechtigkeitsreaktion nicht er-

---

[3]) So sehr dies an sich gerechtfertigt gewesen wäre; vgl. Xenophons Memorabilien I, 2.

schweren, denn sie sind Beteiligte der menschlichen Gesellschaft, welche gegen den Täter die Reaktion übt. Der Verurteilte selbst aber handelt, wenn er sich der Strafe zu entziehen sucht oder die Gerechtigkeitsreaktion sonst erschwert, nicht widerrechtlich; denn er ist nur Objekt, nicht auch Subjekt des Strafeingriffs, ihm obliegt keine Pflicht, daran mitzuwirken; vielmehr ist es lediglich Sache der menschlichen Gesellschaft, den Zwang gegen ihn auszuüben und ihn zu überwältigen. Die Behauptung, daß man eine Verpflichtung habe, ins Gefängnis und aufs Schafott zu gehen, in gleicher Weise, wie man die Verpflichtung hat, seine Militärpflicht zu erfüllen, ist eine Absurdität. Gegenüber der strafvollziehenden Tätigkeit des Staates steht der Angeklagte nur in dem Stande, daß er keinen aktiven Widerstand leisten darf; irgendwelche fördernde Tätigkeit liegt ihm nicht ob, auch nicht die Unterlassung einer hemmenden oder vereitelnden Gegenwirkung. Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn die Tür offen steht, er entfliehen darf, ebenso wie es ihm gestattet ist, die Unachtsamkeit des Wächters zu benutzen oder sich der Gelegenheit zu bedienen, wenn andere den Wächter beiseite gehalten haben. Dies mit dem Fall zusammenzustellen, wenn jemand sich dem Militärdienst entzieht, ist eine juristische Spiegelfechterei.

Ist nun gar das Urteil ein ungerechtes, so wird eine derartige Benutzung der dem Vollzug des Urteils hemmenden Umstände noch ganz besonders gerechtfertigt sein, und man wird selbst gewisse Eingriffe in die Staatstätigkeit, welche an sich inkorrekt sind, entschuldbar finden. Denn daß die abstrakten Rechtsgebote niemals Ausnahmen erleiden, ist ein echt Sokratischer Irrtum, aber doch ein schlimmer Irrtum.

§ 3.

Daß es sich bei einem Militär anders verhält, § 79 unseres MStGB., beruht auf dem Gesichtspunkt der militärischen Dienst- und Unterordnungspflicht. Für den Militär kommt das Strafurteil nicht nur als Gerechtigkeitsurteil in Betracht, sondern als ein auf der Ordnungs- und Unterordnungspflicht beruhender Befehl, dem der Soldat ohne Rücksicht auf seine Richtigkeit zu entsprechen hat. Bei dem Soldaten kommt nicht die relative Vernünftigkeit im einzelnen Falle in Betracht, es genügt, wenn der Befehl in abstracto vernünftig ist; auf dieser Unterordnung beruht das Geheimnis militärischer Disziplin. Der § 79 hängt daher mit § 92 unseres MStGB. zusammen.

Es wäre nun aber die größte Verkehrtheit, den Standpunkt militärischer Disziplin auf das bürgerliche Leben zu übertragen. Dem Feinde gegenüber — und bei dem Militär gilt der Gesichtspunkt auch in Friedenszeiten — kommt der einzelne nur als Kampfgenosse in Betracht, im bürgerlichen Leben aber als Rechtsgenosse, dem gegenüber der Staat den Strafeingriff immer nur in den Schranken der Rechtsordnung ausüben darf. Nur bei Meuterei gilt etwas Besonderes.

§ 4.

So haben denn auch seinerzeit die großen Naturrechtslehrer des sechzehnten Jahrhunderts, ein Covarruvias und ein Suarez die Frage

aufgefaßt[4]). Bei ihnen trat noch folgender Gesichtspunkt hervor: das katholische Dogma verbietet streng den Selbstmord, es verbietet also auch dem Verurteilten, das auf Tötung lautende Urteil selbst zu vollziehen, und hieraus wird sogar die Folgerung gezogen, daß, wenn der Verurteilte fliehen kann und nicht flieht, er ein Unrecht begeht, weil er einem solchen gleichsteht, der sich durch eigene Tat den Tod gibt[5]); und wenn jemand etwa zum Hungertod verurteilt sei, so wäre er nicht nur berechtigt, sondern sogar auch verpflichtet, die ihm heimlich gebotenen Speisen zu essen, denn er würde sonst sich selbst töten, was gegen die Grundsätze der katholischen Moral verstieße.

Schon Thomas von Aquin, Summa theol. 2. 2 qu. 69 a. 4, sagt:

Non potest absque peccato ad mortem juste condemnatus se defendere; potest autem se defendere in causa injustae condemnationis.

Daran schlossen sich die unzähligen Erörterungen der Moralisten und Naturrechtslehrer an.

Von Covarruvias seien folgende Stellen erwähnt: Variarum resolutionum Lib. I, Cap. II, Nr. 9f:

Inique damnatum ad mortem debere omnino, si possit, fugere; alioqui si is in carcere manserit, peccabit profecto, maxima usus temeritate, nulla quidem ex causa iusta agens id, ex quo, licet indirecte et mediate, mors sequatur; eritque temeritas ista fortasse mortale crimen, in quo maxime est advertendum.

Iniuste captum posse absque ulla peccati labe a carceribus fugere, data sibi fugiendi opportunitate.

. . . profecto cum captus a carcere fugere potest sine custodis occisione aliave corporali iniuria et sine carceris effractione, mihi admodum probabile, imo certum videtur, tunc ei licitam esse fugam.

Quod si inique damnatus ad mortem aliter non valet evadere iniquam condemnationem, quam effringendo carcerem et rumpendo vincula, poterit sine peccato carcerem frangere et vincula rumpere: nec ex hoc ei imputabitur, quidquid secutum fuerit.

Suarez nimmt gleichfalls an, daß, wenn es sich um eine Todesstrafe oder um eine sonstige Strafe handelt, welche die körperliche Integrität oder die Ehre betrifft, der Verurteilte nicht verpflichtet sei, zur Strafe mitzuwirken. Allerdings bei geringeren Strafen wie bei Verbannung, bei mäßigem Kerker usw., sei eine solche Verpflichtung gegeben; doch nimmt Suarez den Fall aus, wenn es sich nicht um eine Freiheitstrafe in einem erträglichen Aufenthaltsraum, sondern um einen kleinen, ungesunden und die Gesundheit beeinträchtigenden Kerker handelt. Aber in jedem Fall soll eine solche Pflicht nur vorliegen, wenn der Angeklagte ein juste damnatus ist. Die Stellen von Suarez, de legibus sind folgende:

---

[4]) Vgl. auch die vielen bei Alphons von Liguori V, 279f. angeführten Schriften.

[5]) Dies mindestens, wenn er ungerecht verurteilt ist; ob auch der gerecht zum Tode Verurteilte, wenn er fliehen kann, zur Flucht moralisch verpflichtet sei, war streitig, wurde aber meistens verneint, Alphons von Liguori V, 281.

V 10, 12: Reus damnatus ad priores poenas corporales (nämlich contra vitam, integritatem, honorem et gravem dolorem inferentes) regulariter non tenetur in conscientia ad propriam executionem earum, sed hanc debet facere judex per ministros suos.

V 10, 15: Reum juste damnatum ad poenas corporales secundi generis, ut sunt exilium, detentio in carcere, flagellatio modica et honesta ac similes, teneri ad exequendas seu servandas hujusmodi poenas eo ipso quod per sententiam condemnatur . . . quia sententia judicis condemnatoria . . . obligat in conscientia ad poenam impositam, quando non involvit injustitiam vel crudelitatem . . . quia revera est haec intentio judicis et praeceptum, quod imponit, est justum.

V 10, 16: Si esset carcer nimis acerbus, tristis et insalubris, tunc durum esset obligare reum sic condemnatum ad non fugiendum, etiam si posset, multoque durius id erit, si quis non solum detineatur, sed etiam nimis male et acerbe tractetur, ita ut paulatim ad mortem disponatur vel certe cogatur ferre vitam doloribus et afflictionibus plenam; tunc ergo non obligatur in conscientia ad ibi sua sponte permanendum . . .[6]).

Die etwas auffallende Ausnahme, welche Suarez für mildere Strafen bestimmt, ist wahrscheinlich auf Thomas von Aquin, Summa theol. II 2 qu. LXII a. III, zurückzuführen, wo es heißt:

Sed, quantum ad culpam, adhibetur remedium per poenam, cujus inflictio pertinet ad judicem; et ideo antequam sit condemnatus per judicem, non tenetur restituere plus quam accepit; sed postquam condemnatus est, tenetur poenam solvere.

Allein Thomas von Aquin spricht hier nur von der Privatstrafe, welche nach dem Rechte der damaligen Zeit einen Entschädigungscharakter hatte; die Stelle kommt daher für uns nicht in Betracht, und Suarez hatte für die unrichtige Ausnahme keine Stütze.

§ 5.

Betrachten wir nun die Argumentation im Kriton von diesem Gesichtspunkte, so finden wir einen Verstoß nach dem anderen. Das ungerechte Strafurteil wird als eine unerschütterliche Norm betrachtet, als ob die Tätigkeit des Staates die Unwahrheit zur Wahrheit machte. Es wäre also unrecht, dagegen aufzutreten und eine Änderung des Spruches zu erzielen! Unrichtig ist auch der Gedanke, daß man eine Ungerechtigkeit des Staates ebenso auf sich nehmen müsse, wie eine Ungerechtigkeit der Eltern; denn einerseits gilt auch das letztere nicht unbedingt, andererseits ist das Verhältnis des unmündigen Kindes und des mündigen Staatsbürgers ein ganz anderes. Ja noch mehr, man kann sagen: wer die Unrichtigkeit des Urteils ohne weiteres auf sich sitzen läßt, begeht ein moralisches Unrecht gegen den Staat; denn man soll ihm Hilfe leisten, um die in der Rechtsbeugung liegende Unvollkommenheit seines Tuns auszugleichen und einen Fehler gutzumachen: der

[6]) Vgl. auch Alphons von Liguori V, 180, und die hier angeführten Schriftsteller. Vgl. ferner Soto, De justitia, VI 6, 4.

Staat soll, namentlich in Rechtssachen, nach möglichster Vollkommenheit streben. Zielt doch auch Platons Euthyphron dahin, das wirklich Gute von der starren Gesetzesanwendung zu scheiden.

Zudem bietet auch das athenische Recht genügende Ansätze für diese Betrachtungsweise, und es finden sich auch hier Einrichtungen, welche auf die Idee der Restitutionsklage und Wiederaufnahme des Verfahrens hindeuten.

Es braucht kaum darauf hingewiesen zu werden, daß die Griechen die während der Zeit der 30 Tyrannen erlassenen gerichtlichen Urteile für ungültig erklärt haben, vgl. Demosthenes gegen Timokrates § 56[7]). Dies war ein einzelner Fall. Aber allgemein war die Bestimmung, daß eine Art von Restitutionsklageverfahren statthaft sei, indem man zunächst gegen einen falschen Zeugen mit der δίκη ψευδομαρτυρίων vorgeht, wodurch die ἀναδικία eintritt, d. h. das Urteil umgestoßen und die Sache für ein neues Verfahren reif gemacht wird; eine schon aus den früheren Quellen bekannte Institution, welche durch den Hallenser Papyrus noch näher belegt worden ist, allerdings nicht ohne daß den Hallenser Philologen dabei eine schwerer juristischer Irrtum zugestoßen ist[8]). Daß endlich gegen ein Versäumnisurteil eine restitutio in integrum möglich war, ein ἀντιλαχεῖν, soll gleichfalls erwähnt werden. Ob im Prozeß des Sokrates irgendein derartiger Rechtsbehelf gegeben war, kommt nicht in Betracht; wesentlich ist nur, daß schon im athenischen Recht der Gedanke durchgebrochen ist, daß nicht nur bei dem Mangel prozessualer Voraussetzungen, sondern auch bei materieller Unrichtigkeit des Erkenntnisses dem Verurteilten unter Umständen geholfen werden müsse, daß mithin die formelle Rechtskraft durchaus nicht die Reaktion des materiellen Rechts ersticke, und daß von einer solchen Heiligkeit des Spruches, als ob jedes Widerstreben eine Insubordination, eine Auflehnung gegen die staatlichen Gesetze wäre, nicht die Rede sein konnte.

§ 6.

Ein weiterer Verstoß ist die Annahme, daß der Verurteilte verpflichtet sei, an dem Vollzug der Strafe selbst nach Möglichkeit mitzuwirken und sich jedenfalls alles dessen zu enthalten, was den Strafvollzug hemmt[9]). Dies ist, wie gezeigt, an sich falsch, es ist noch mehr falsch, wenn es sich um ein ungerechtes Urteil handelt; hier muß es gerade als ein Unrecht betrachtet werden, gleichsam in diese Ungerechtigkeit noch hineinzulaufen; es ist ein Unrecht gegenüber der eigenen Persönlichkeit, es ist ein Verstoß auch gegen die Sittlichkeit und gegen den Staat selber, dessen objektive Ungerechtigkeit man unterstützt. Und handelt es sich gar um ein Todesurteil, so entzieht man möglicherweise ein bedeutendes Dasein der späteren Kulturarbeit.

Ganz besonders aber muß es uns befremden, wenn Sokrates meint, der Flüchtling, der im Auslande seine Unterkunft sucht, wäre darum

---

[7]) Ὁπόσα δ' ἐπὶ τῶν τριάκοντ' ἐπράχθη ἢ δίκη ἐδικάσθη, ἢ ἰδίᾳ ἢ δημοσίᾳ, ἄκυρα εἶναι.

[8]) Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 30, S. 318 f und Bd. 32, S. 321 f.

[9]) Vgl. auch Phädon c. 47.



verkannt und verachtet. An und für sich ist eine solche Betrachtungsweise vom Standpunkt des Sokrates ganz auffallend, denn das Urteil des Volkes ist ihm doch bedeutungslos; sodann zeigt die Geschichte aller Flüchtlinge, namentlich der politischen, daß man hier ganz anders urteilt und insbesondere dem Verbannten gern ein Asyl bietet, wenn er wegen Religion oder Politik fliehen mußte. Daß es hart ist, das Brot der Verbannung zu essen, haben allerdings viele, hat insbesondere auch der große Dante erfahren:

Tu lascerai ogni cosa diletta
Più caramente, e questo è quello strale
Che l'arco dell' esilio pria saetta.
Tu proverai sì come sa di sale
Lo pane altrui, e com' è duro calle
Lo scendere e 'l salir per l'altrui scale.

Paradiso XVII.

Das ist aber vom Standpunkt des Sokrates kein entscheidender Punkt, und wer nicht so wirken kann, wie in seiner Vaterstadt, kann wohl anderwärts wirken und kann sich jedenfalls seiner Vaterstadt erhalten für eine künftige Zeit, in der er zurückgerufen wird. Man soll nicht an seinem Leben hängen, soll es aber auch nicht für nichts in das Leere werfen. Und wenn bei Sokrates die Gedanken an das Jenseits aufblitzen und wenn Plato die Ideen des Phädon hier hineinspielen läßt, so ist dies kein Grund, das Leben aufzugeben; denn Dasein ist Pflicht. Sollte man hierbei auch den antiken Standpunkt in Betracht ziehen, welcher den Selbstmord unter Umständen als erlaubt, ja sogar als lobenswert erachtet, so hat eine derartige Anschauung nur dann einen vernünftigen Schein, wenn im einzelnen Fall besondere Gründe vorliegen, die hier nicht gegeben sind. Hat doch auch Sokrates selbst nach Phädon c. 6 den Selbstmord mißbilligt.

Es wundert mich, daß diese schweren Verirrungen des Sokrates noch so wenig von juristischer Seite beleuchtet worden sind. Ganz verfehlt aber war es, als der verewigte Kuttner seine unrichtige Rechtskraftstheorie mit der Sonne Sokratischer Weisheit zu vergolden suchte; dem bin ich von jeher entgegengetreten. Sokrates war ein großer Charakter, aber sein Verhalten im Prozeß und gegenüber dem ungerechten Urteil ist eine auf moralischer Hypertrophie beruhende Verstiegenheit. Glücklich, daß Dante und Richard Wagner anders gedacht haben.

Das Recht zur Züchtigung fremder Kinder.

Von W. Ahlers, Lübeck.

Dieses Recht, das im Reichsstrafgesetzbuch keine rechte Stütze findet, ist sehr bestritten. Das OLG. Hamburg hat neuerdings eine interessante Entscheidung gefällt, die wohl verdient, zur allgemeinen Kenntnis gegeben zu werden.

Ein sechsjähriger Knabe wurde auf öffentlicher Straße auf frischer Tat dabei ertappt, als er mit einer Billettzange einen anderen kleineren Knaben in die Ohrmuschel kniff, so daß dieser sichtbare Verletzungen davontrug und vor Schmerzen laut schrie. Bei dieser Tat erwischte ihn ein Erwachsener und versetzte ihm mit einem aufgerollten Regenschirm ein paar (wohlverdiente) Schläge aufs Gesäß. Der Vater des gezüchtigten Kindes brachte die Angelegenheit vor das Schöffengericht und gab an, sein Junge sei unmenschlich mißhandelt worden. Das Gesäß habe Striemen gezeigt. — Der Erwachsene machte unter anderem geltend, ihm stehe ein Züchtigungsrecht zur Seite, seine Handlung sei nicht widerrechtlich; die Züchtigung halte sich auch durchaus in angemessenen Grenzen. Mit einem aufgerollten Schirm könne man gar keine Striemen schlagen. Das Züchtigungsrecht Dritter sei in Fällen dieser Art in der Praxis neuerdings mehrfach anerkannt; er leite es ab aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. (§ 677 ff. BGB.) Hiernach habe er in Stellvertretung des nichtanwesenden Vaters das Recht der Züchtigung ausgeübt.

Das Schöffengericht erkannte wegen vorsätzlicher Körperverletzung auf 10 Mark Geldstrafe und die Kosten. Auf Berufung billigte das LG. ein Züchtigungsrecht zu, begrenzte es aber, indem es sagte, der Junge hätte bei seiner Jugend nur mit der Hand auf die Finger geschlagen werden dürfen; aus den bekundeten Striemen ergebe sich eine Überschreitung des Züchtigungsrechts, die aber nicht absichtlich, sondern fahrlässig herbeigeführt worden sei. Es erkannte demgemäß wegen fahrlässiger Körperverletzung auf 5 Mark Geldstrafe bei Kostenteilung.

Das OLG. erkannte auf die Revision auf Freisprechung.

In den Urteilsgründen heißt es unter anderem:

Dem LG. ist darin beizutreten, wenn es ein abgeleitetes Züchtigungsrecht Dritter gegen Kinder in den Fällen anerkennt, wo die Unart des Kindes eine sofortige Züchtigung des Kindes erfordert und die Eltern oder Erzieher nicht anwesend oder unmittelbar erreichbar sind. So ist auch bereits wiederholt erkannt, OLG. Braunschweig, DJZ., 1905, S. 752; OLG. Jena, Bl. für Rechtspflege in Thüringen, Bd. 60, S. 125, in welchen beiden Entscheidungen weitere Literatur angeführt ist.

Der zutreffende Gesichtspunkt, aus dem dieses Recht anzuerkennen ist, ist der der Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei jedoch der § 679 BGB. insbesondere heranzuziehen ist. Denn wenn für die Geschäftsführung ohne Auftrag im allgemeinen vorgeschrieben ist, sie sei so zu besorgen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert, so würde diese allgemeine Vorschrift häufig der Sachlage des Falles nicht gerecht werden, da, freilich nicht wie im vorliegenden Falle, aber doch im allgemeinen, nicht selten der Dritte mutmaßen mußte, der Vater sei mit der Unart des Kindes einverstanden oder doch jedenfalls nicht gewillt, das Kind von einem Dritten züchtigen zu lassen. Ein solcher entgegenstehender Wille kommt

aber nach § 679 nicht in Betracht, wenn eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, in Frage ist. Es ist nicht fraglich, daß die Pflicht der Erziehung, zu der auch die Züchtigung für gelegentliche Unarten gehört, im öffentlichen Interesse liegt, wie denn auch die Erziehung eines Kindes unter Umständen den Eltern entzogen und behördlich geregelt werden kann. Es kommt hierbei nicht darauf an, daß dies reichsrechtlich zum Teil nur zugelassen und das Weitere der Landesgesetzgebung überlassen worden ist. (§§ 55, 56 StGB., Art. 135, EG. z. BGB.) Der Satz, daß die ordnungsmäßige Erziehung der Kinder im öffentlichen Interesse geboten ist, hat, ganz abgesehen von diesen gesetzlichen Vorschriften, allgemeine Geltung.

Hierdurch wird zugleich das Recht des Dritten bei Züchtigung fremder Kinder begrenzt. Es sind Fälle denkbar, daß eine heftige Züchtigung eines Dritten als Überschreitung des Züchtigungsrechts erscheinen könnte, während dieselbe Züchtigung, wenn sie vom Vater ausgeübt würde, noch als innerhalb seines väterlichen Züchtigungsrecht liegend, angesehen werden könnte. Der Dritte darf die Züchtigung nicht in stärkerem Maße ausüben, als das öffentliche Interesse es von dem Vater erfordern würde. Daß dabei die Grenzen nicht fest bestimmt sein können und es auf die Lage des Einzelfalles ankommt, ist selbstverständlich.

Wenn das LG. also in dieser Beziehung sagt, man werde zu fragen haben, wie sich im vorliegenden Falle ein vernünftiger Vater benommen haben würde, und erwägt, was ein Vater voraussichtlich oder vielleicht getan haben würde, so ist diese Fragestellung nicht ganz zutreffend. Es kommt vielmehr darauf an, welche väterliche Züchtigung im öffentlichen Interesse angemessen gewesen wäre. Das LG. stellt fest, der sechsjährige Privatkläger habe auf der Straße einen dreijährigen Knaben mit einer Schaffnerzange am Ohr gefaßt gehabt, so daß dieser laut geschrien und eine sichtbare Stelle am Ohr davongetragen habe, mehrere Kinder seien vor dem Knaben davongelaufen; der Angeklagte habe von dem Jungen die Herausgabe der Zange verlangt, was dieser verweigert habe, und habe ihm darauf mit seinem aufgerollten Schirm einige Schläge auf das Gesäß gegeben, ihm dann die Zange abgenommen und ihm noch zwei oder drei Schläge mit dem Schirm auf das Gesäß gegeben. Am Abend sind, wie das LG. ferner feststellt, auf dem Gesäß des Knaben Streifen, Verfärbungen und Anschwellungen bemerkt worden, die, wie das LG. für erwiesen erachtet, von den Schlägen des Angeklagten herrühren. Diese Züchtigung überschritt nach Ansicht des Revisionsgerichts nicht die Grenzen einer für das Tun des sechsjährigen Knaben im öffentlichen Interesse angemessenen Bestrafung. Der Angeklagte hat daher nicht rechtswidrig gehandelt und war demnach freizusprechen.

Die Schußwaffe in der Hand des Verbrechers.

Von Dr. jur. Erich Anuschat, Kgl. Kriminalkommissar, Berlin.

Mit 7 Abbildungen.

I. Allgemeines.

Bereits in einer kürzlich erschienenen Abhandlung (»Die Schußwaffe in der Hand des Polizeibeamten«, Archiv f. Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 63, S. 1 ff.) habe ich auf die rapide Zunahme des »schießenden« Verbrechertums wie überhaupt des gesetzwidrigen Schußwaffengebrauchs in dem letzten Jahrzehnt hingewiesen[1]). Meine dort ausgesprochene Befürchtung, daß auch die strengen Bestimmungen des Kriegszustandes die »Revolverseuche« nicht dauernd ausrotten würden, scheint leider zuzutreffen. Auch heute noch vergeht selten ein Tag, an dem die Zeitungen nicht aus irgendeinem Teile Deutschlands ein Auftreten bewaffneter Verbrecher, eine Familien- oder Liebestragödie mit Revolverbegleitung oder wenigstens irgendeinen Schußwaffenunfug berichten.

Es gilt also, die Seuche weiter zu bekämpfen. In den mannigfaltigsten Erscheinungsformen tritt sie zu Tage und verlangt dementsprechend auch sehr verschiedene Gegenmaßnahmen. Der Gesetzgeber kann naturgemäß nur die krassesten Auswüchse berücksichtigen und muß sich grundsätzlich auf allgemeine Normen beschränken. Sie in jedem einzelnen Falle durch sinngemäße Anwendung zur nachdrücklichen Geltung zu bringen, ist Aufgabe des Juristen.

Unbedingte Voraussetzung hierfür ist jedoch Sachkenntnis. Wem die Praxis des schießenden Verbrechertums völlig fremd ist, wer womöglich von Schußwaffen überhaupt nichts versteht, wird auf Schritt und Tritt Schwierigkeiten haben und selten zu befriedigenden Ergebnissen gelangen, selbst wenn ihm die besten Sachverständigen zur Seite stehen. Weit mehr noch gilt dies für den Kriminalisten, der das für den Tatbestand Erhebliche erst mühsam zusammensuchen muß, und am allermeisten für den Polizeibeamten, der das zweifelhafte Vergnügen hat, die Revolverseuche an erster Quelle zu studieren.

Die folgenden Zeilen wollen eine kurze Darstellung von dem Treiben des schießenden Verbrechertums bieten und sind vor allem dazu bestimmt, dem Juristen und Sicherheitsbeamten zur ersten Orientierung zu dienen.

Vorausgeschickt sei noch folgendes:

Die Waffen, die in dieser Abhandlung erwähnt werden, sollte jeder Jurist und Polizeibeamte unbedingt praktisch wie theoretisch kennen. Was zunächst das letztere anbelangt, so enthalten fast alle kriminalistischen Lehrbücher kurze Abrisse der Waffenlehre. Genannt seien das »Handbuch für Untersuchungsrichter« von Hans Groß, 6. Aufl. (München 1914), der speziell für Sicherheitsbeamte bestimmte Leitfaden desselben Verfassers »Die Erforschung des Sachverhalts strafbarer Handlungen«

---

[1]) Dieser Aufsatz bildet gewissermaßen ihre Fortsetzung. Ich zitiere sie im folgenden daher kurzweg als »erste Abhandlung«.

(München 1902) und Brincken-Paulinis »Erforschung strafbarer Handlungen« (Berlin, Verlag Kameradschaft). Freilich bieten sie sämtlich nur das Allernotwendigste.

Mehr findet der Jurist und Kriminalist schon in der Jagdliteratur. Hier möchte ich nur auf das »Handbuch der praktischen Schußwaffenkunde« von Konrad Eilers (Berlin, Paul Parey), die »Jagdwaffenkunde« von Koch (Berlin 1899), »moderne Jagdwaffen« und »moderne Scheibenwaffen« (enthält u. a. eine Beschreibung der kriminalistisch oft wichtigen Flobertgewehre, vgl. im folgenden S. 240), beide von Otto Maretsch (Verlag der Jagd, G. m. b. H., Berlin-Schöneberg), schließlich auf den »gerechten Jäger« von Odenwälder (Neudamm 1902) hinweisen. Die besonders wichtigen Revolver und Repetierpistolen beschreibt Gerhard Bock in seinem Werke »Moderne Faustfeuerwaffen« (Neudamm, J. Neumann, 1911). Leider berücksichtigt er nur die besten Systeme, während der Jurist vielfach gerade mit den schlechtesten zu tun bekommt. Dem, der sich ständig auf dem laufenden halten will, sei außer den im vierten Abschnitte noch zu erwähnenden Jagdzeitschriften die in Neudamm erscheinende Zeitschrift »Schuß und Waffe« empfohlen. Über Geschoßwirkungen endlich unterrichten die Lehrbücher und Zeitschriften der gerichtlichen Medizin.

Was ferner den Erwerb praktischer Kenntnisse anbetrifft, so hat es der Polizeibeamte noch am leichtesten. Der Außendienst bringt ihn viel mit Büchsenmachern und Waffenhändlern in Berührung, und es fällt ihm nicht schwer, Beziehungen anzuknüpfen. Der Jurist steht diesen Kreisen, wenn er nicht gerade Jäger ist, fremd gegenüber; aber auch er muß unter allen Umständen Fühlung zu gewinnen erstreben. Nach Möglichkeit suche er nicht nur die großen Waffengeschäfte in den Hauptstraßen auf, sondern spähe auch nach den unscheinbaren Werkstätten kleinerer Büchsenmacher; besonders wertvoll sind für ihn jene alten Meister, die noch gelernt haben, selbst Hähne zu schmieden, Läufe zu bohren und wirklich »Büchsen zu machen«. Hier kann er die Bestandteile der meisten Waffen in rohem und halbfertigem Zustande sehen; hier erfährt er, wie ein Gewehrschloß gebaut ist, was eine Rast, eine Studel, eine Nuß, eine Kette oder eine Stangenfeder ist; und was er hier mit eigenen Augen sieht, haftet ganz anders im Gedächtnis als alle Bücherweisheit. Manchen Sonderling findet man unter diesen — leider mehr und mehr aussterbenden — wirklichen Büchsenmachern, und nicht immer leicht ist es, ihr Vertrauen zu gewinnen, zumal wenn man nicht Jäger oder Schütze ist.

Wo sich Gelegenheit bietet, sollte man auch nicht versäumen, mit wissenschaftlichen Sachkundigen in Verbindung zu treten. Bei schwierigen waffentechnischen Fragen ist zu empfehlen, eine Versuchsanstalt zu Rate zu ziehen, etwa die waffentechnische Versuchsstation in Neumannswalde bei Neudamm oder die Versuchsanstalt für Handfeuerwaffen in Berlin-Halensee[2]). Manche Fragen endlich, die auch sie nur annähernd beantworten können, vermag oft der Gerichtschemiker oder ein ge-

---

[2]) Vgl. Deutsche Strafrechtszeitung Jahrg. 3, 1916, S. 414 und im folgenden S. 251.

richtlich medizinisches bzw. chemisches Institut mit unfehlbarer Sicherheit zu lösen[3]), beispielsweise ob ein Geschoß aus einer bestimmten Bleisorte hergestellt ist, ob ein Pfropfen oder ein Pflaster von einem bestimmten Stoffe herrührt usw. (Näheres im folgenden S. 249.)

II. Die Hauptgruppen des schießenden Verbrechertums.

1. Jugendliche.

Wohl seitdem es Schußwaffen gibt, haben auch Kinder und Halbwüchsige mit ihnen Unfug verübt. Manche von uns haben wohl selbst während ihrer Schulzeit verbotenerweise eine Schußwaffe besessen und mit ihr mehr oder minder bedenkliche Schießversuche angestellt. In den letzten Jahrzehnten griff indessen die Revolverseuche gerade unter den Jugendlichen derartig um sich, daß die weitesten Kreise aufmerksam wurden.

Schon die kleinsten Knirpse schossen beim Kriegs- und Indianerspiel mit scharfen Patronen; die Halbwüchsigen feuerten in Eisenbahnzüge, in die Fensterscheiben der Nachbarn oder wilderten[4]); die reifere Jugend endlich benutzte die Schußwaffe zu Selbstmordversuchen (gewöhnlich mit der Geliebten zusammen, wobei der eigentliche Selbstmörder meist am Leben blieb)[5]), sowie zu Eifersuchtsattentaten, oder aber zu Einbruch, Raub und Mord.

Inzwischen blieben jedoch die Behörden auch nicht müßig. Überall suchten Verordnungen das Waffentragen wie den Waffenkauf seitens Jugendlicher unmöglich zu machen, auch mittelbar war man bestrebt, dem Unfuge zu steuern. Zu erwähnen sind die Maßnahmen gegen die gerade damals aufblühenden Detektiv- und Indianerromane sowie gegen die das Verbrechertum verherrlichenden Kinodramen, die ja auch ohne Zweifel viel dazu beitrugen, die Schießwut Halbwüchsiger zu entflammen. Viel hat es geholfen, aber ganz auszutreiben ist der Jugend ihre Schießlust nicht, und noch immer findet sie Mittel und Wege, sich verbotenerweise Schußwaffen zu verschaffen.

Was diese letzteren selbst anbelangt, so war die Hauptwaffe früher das ein- oder doppelläufige Vorderladerterzerol, mit grobem Schrot (»Hagel« genannt), mehreren Rehposten oder mit einer Rundkugel geladen. Abb. 1, Fig. 3 zeigt eine derartige doppelläufige Waffe, Fig. 4 die dazu gehörige Pulverflasche. Auch heute werden sie verkauft und vorzugs-

---

[3]) Vgl. die Festschrift des Instituts für gerichtliche Medizin Leipzig, von Professor Kockel, Leipzig 1905.

[4]) Vgl. Offermann, Wie werden Wilderer herangebildet? St. Hubertus, Jahrg. 29, 1911, S. 65; Wittwer, Wilddiebslehrlinge, St. Hubertus, Jahrg. 30, 1912, S. 311.

[5]) Typisch für diese Art von moderner Jugend ist der in Friedländers Interessanten Kriminalprozessen, Berlin 1911, Bd. II, S. 107, geschilderte Fall Brunke. Ein 18jähriger Lehrling beschließt, mit zwei halberwachsenen Musikschülerinnen in den Tod zu gehen, erschießt sie beide, verliert dann den Mut und läuft weg.

weise von Bauernburschen und Knechten, wie auch von Landstreichern, Zigeunern, kroatischen und italienichen Arbeitern geführt.

In den Städten sind sie aus der Mode gekommen. Hier stehen an erster Stelle die weit bekannten Tesching- oder Flobertpistolen (Abb. 1, Fig. 1), die feinstes Schrot, Rund- oder Spitzkugel schießen; die Patronen enthalten meist kein Pulver, vielmehr dient als Treibmittel einzig der aus Knallquecksilber bestehende Zündsatz [6]).

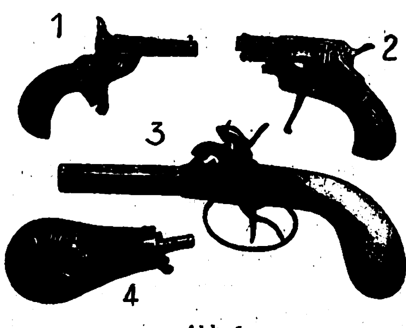


Abb. 1.

Infolge ihres winzigen Formates sind sie leicht verborgen mitzuführen; in jedem Waffen-, Eisenwaren- oder Trödlerladen kann man sie schon für 1 bis 2 Mark kaufen, und da man sie früher für ein ziemlich ungefährliches Spielzeug hielt, waren sie bis in die letzten Jahre für jeden anstandslos zu haben. Indessen bekamen die Gerichtsärzte immer häufiger Gelegenheit, sich mit ihrer Wirkung zu beschäftigen. Die Ergebnisse waren derart überraschend, daß sie eine ganze Literatur zeitigten. Erwähnt seien nur die Arbeiten von Doepner »Die gerichtsärztliche Bedeutung der Flobertwaffen«, Ärztliche Sachverständigenzeitung, Berlin, Jahrg. 14, 1908, S. 349 f. und 378 f., sowie von Wolter »Die Wirkung der Flobertpistole und ihre gerichtsärztliche Bedeutung«, Dissertation, Königsberg 1907; sie weisen weitere Aufsätze nach. Doepner (S. 350) hat Todesfälle bei Kopf-, Herz-, Lungen- und Bauchschüssen, sowie in einem Falle von Schenkelverletzung (Wundstarrkrampf) beobachtet, gewiß ein Zeichen, daß die kleine Pistole durchaus keine so harmlose Waffe ist. Über die von ihr erzeugten Wunden wird noch im fünften Abschnitte (S. 251) gesprochen werden. Ihre Treffsicherheit ist selbstverständlich äußerst gering; immerhin kann man es auf kurze Entfernungen doch zu leidlichen Ergebnissen bringen. Als Schüler hatte ich mich mit meiner in Fig. 1 abgebildeten — natürlich verbotenerweise gekauften — Pistole derart eingeschossen, daß ich auf 7—8 Schritt einen Kreis von 12 cm selten fehlte. Nebenbei bemerkt, geht bei dem kurzen Laufe dem Schützen sehr oft eine Kugel in die eigenen Finger.

Bald genügt die kleine Pistole dem Tatendrang nicht mehr; es muß unter allen Umständen ein Revolver beschafft werden, gewöhnlich ein billiger Lefaucheux 7 mm; auch die kleinen »Radfahrerrevolver« (siehe Abb. 1, Fig. 2), die teils Flobert-, teils Randfeuerpatronen 6 mm schießen, sind beliebt. Eigentlich muß man sich wundern, daß halbwüchsige Bengels mit diesen durchweg fragwürdigen Waffen im Ernstfalle so viel Unheil anrichten. Indessen haben sie manchmal mehr Übung, als man denkt. Mit der kostbaren Waffe zu schießen, ist das größte Ver-

---

[6]) Die mit Pulver geladenen Patronen haben regelmäßig einen Messingring um die Hälfte der Kupferhülse und sind für Spitzkugeln eingerichtet.

gnügen; Gelegenheit bietet sich in einem Keller, im Laubengelände, bei Rad- oder Wandertouren an einsamen Stellen. Anleitung aber finden sie in den schon erwähnten — zur Zeit glüchlicherweise verbotenen Nick-Carter-, Lord Lister-, Weltdetektiv-, Buffalo Bill- und sonstigen Heften, deren bunte Titelbilder ja stets die Anwendung des Revolvers im Kampfe oder beim Verbrechen zeigen, oft gar nicht einmal schlecht. Beispielsweise ist auf einem Nick Carter-Heft der gefährliche Schuß durch die Tasche (siehe im folgenden S. 227) sehr gut dargestellt. Selbstverständlich hat der hoffnungsvolle Leser den glühenden Wunsch, auch ein solcher Meisterschütze zu werden, opfert seine letzten Pfennige für Patronen und macht stundenlange Wege, um einen Übungsplatz zu erreichen. Betritt er dann die Bahn des Verbrechens, so zeigen die Übungen die schlimmsten Folgen.

Beispiele werden wohl jedem Leser bekannt sein; besonderes Aufsehen machte hier im November 1910 ein Fall, in dem ein junger Bursche — angeblich auch ein Opfer der Schundliteratur — mit einem Revolver bewaffnet bei der Dienstherrschaft seiner Schwester einbrach und das ihn überraschende Ehepaar tödlich verletzte.

2. Landstreicher und Zigeuner.

Der eigentliche Landstreicher führt fast nie Schußwaffen. Zum Raufen genügt Knüppel oder Messer, beraubt kann er nicht werden, und dem Sicherheitsbeamten sich zu widersetzen, hat er keine Veranlassung. Daher ist auch dieser, namentlich der Gendarm, daran gewöhnt, selbst einer größeren Anzahl von Wanderburschen oder Vagabunden ohne besondere Vorsichtsmaßregeln gegenüberzutreten, überzeugt, daß er bei energischem Auftreten keinerlei Widersetzlichkeit finden wird. Nur vergißt er häufig eins, daß sich nämlich unter der harmlosen Maske eines wandernden Handwerksburschen oder Landfahrers manchmal ein schwerer, gesuchter Verbrecher verbirgt. Dieser darf es unter keinen Umständen auf eine Einlieferung ankommen lassen und benutzt etwa den Augenblick, in dem die Papiere geprüft werden, oder auch einen günstigen Moment während des Transportes zu einem plötzlichen Überfall.

1856—1861 trieb in der Umgegend von Soldin der berüchtigte Karl Masch sein Wesen und verübte unzählige Einbrüche und Mordtaten, darunter den bekannten sechsfachen Mord zn Chursdorf. Während ihn jahrelang Polizei und Militär suchte, zog er stets mit Handwerksburschen »fechtend« im Lande umher. In einem kleinen Orte wurde ein betrunkener Wanderbursche festgenommen, weil er sein Bedürfnis auf offener Straße verrichtet hatte; unterwegs griff er zur Pistole, wurde nach verzweifeltem Kampfe überwältigt, und auf der Wache stellte sich heraus, daß man den lange gesuchten Mörder gefangen hatte [7]).

Auch heute zieht mancher schwere Verbrecher, manch entsprungener Gefangener auf der Landstraße umher, lieber allerdings als Gelegen-

[7]) Die ausführlichste Schilderung findet sich in Temmes Kriminalbibliothek Berlin o. J., Bd. 4, S. 86.



heitsarbeiter wie als »Fechtbruder«. Erinnert sei nur an den berüchtigten Mörder Sternickel. Wie sich diese Personen ihre Ausweispapiere verschaffen, ist eine Wissenschaft für sich; ich kann hier nicht näher darauf eingehen.

Was die Zigeuner anbelangt, so sind sie bei uns keineswegs so furchtsam, wie sie Hans Groß in seinem Handbuch für Untersuchungsrichter (Bd. I, S. 505) schildert. Manche Horden führen Revolver, Jagdgewehre und sonstige moderne Waffen und leisten den kräftigsten Widerstand. In Erinnerung wird wohl noch die Zigeunertruppe des berüchtigten Ebender sein, die 1911 in der Umgegend von Fulda ihr Wesen trieb, stets auf die sie anhaltenden Beamten schoß und u. a. einen Förster tötete. Bekanntlich konnte sie erst nach wochenlangen Streifen von Militär und Gendarmerie zersprengt werden; der Führer ist, soviel ich weiß, heute noch nicht ergriffen.

3. Einbrecher und Räuber.

Schon in alten »aktenmäßigen Gaunergeschichten« der vergangenen Jahrhunderte kann man lesen, daß die Einbrecher mit »Hagel«, d. h. mit grobem Schrot geladene Pistolen bei sich führten; indessen waren dies schon immer Seltenheiten. Auch heute weiß der Einbrecher gut genug, daß er schon durch das Mitführen, vielmehr noch durch den Gebrauch einer Schußwaffe seine Strafe erheblich verschärft, und verläßt sich lieber auf seine List und Geschicklichkeit. Gewöhnlich ist auch der Einbruch so sorgfältig vorbereitet, daß keine Störung zu befürchten ist, und im äußersten Falle dient Gummischlauch oder Brechstange als sichere und geräuschlose Waffe. Die hin und wieder auftauchenden schießenden Einbrecher sind meist Anfänger, denen die schon erwähnten Detektivromane zu Kopfe gestiegen sind.

Aber die Zeitungen brachten doch in den letzten Jahren spaltenlange Berichte über bewaffnete Einbrecher, die ihren Verfolgern förmliche Feuergefechte lieferten? Gewiß, aber dann war fast immer die »Elite des Einbrechertums« an der Arbeit gewesen. Unter diesem Titel beschreibt Liebermann von Sonnenberg im »Pitaval der Gegenwart«, Bd. 8, 1914, S. 166 f. einen sehr wenig erfreulichen Zuwachs des modernen Verbrechertums. Zum Teil heruntergekommene Angehörige besserer Kreise, über ein gewisses Maß von Bildung und Mitteln verfügend, verstanden sie es vor allem, mit Kapital zu arbeiten. Als Nebenerwerb dienten alle möglichen »Schiebergeschäfte« oder Zuhälterei. Durch einen möglichste Bewegungsfreiheit gestattenden Beruf mit wechselnder Tätigkeit, etwa als »Agent« oder »Provisionsreisender«, wurde der Polizei gegenüber der äußere Schein gewahrt. Durch ihre Geldmittel waren sie nicht nur in der Lage, als elegante Herren aufzutreten und die besten Werkzeuge zu beschaffen, sondern auch vor allen Dingen sich die Fortschritte des modernen Verkehrslebens in ausgedehntem Maße zunutze zu machen. Niemandem fielen die Reisenden auf, die — mit etwas umfangreichem Gepäck — in irgendeiner Stadt auftauchten. Schleunigst wurde am Orte selbst oder lieber in der weiteren Umgegend ein von schon wieder abgereisten Komplizen sorgfältig aus-

gekundschafteter Einbruch verübt, und im Nu brachte sie der D-Zug oder ein Automobil in ein anderes Land.

Wurde diese »Elite« einmal bei der Tat überrascht, so handelte es sich nur darum, zunächst freie Bahn zu erhalten. Am Orte kannte sie keiner, Vorbereitungen zur Flucht waren getroffen, und schon in der nächsten Stunde konnten sie weit entfernt sein. Ihnen kam es daher nicht im geringsten darauf an, Angreifer oder Verfolger niederzuschießen.

Der bekannteste von diesen gefährlichen Burschen war der berüchtigte Kirsch, dessen Taten wohl noch in Erinnerung sein werden. Wie anläßlich der Gerichtsverhandlung zur Sprache kam, trug er stets zwei schußfertige Browningpistolen bei sich und hatte sie selbst beim Kartenspielen mit seinen Genossen auf dem Tisch liegen.

Liebermann von Sonnenberg schildert das Leben und Treiben des gleichfalls berüchtigten Einbrechers Gorski. Bei seiner Verhaftung versuchte dieser, zwei Browningpistolen zu ziehen, die er stets schußbereit im Mantel trug; der Kriminalbeamte schoß ihn im letzten Augenblick nieder.

Erwähnt soll endlich noch der berüchtigte Knitelius werden, der 1910 bei einem Einbruch in eine Apotheke in Magdeburg den ihn überraschenden Inhaber niederschoß und erst nach längerer Zeit in Rio de Janeiro ergriffen werden konnte. Der Prozeß (vgl. die Darstellung in Friedländers Interessanten Kriminalprozessen, Bd. VI, S. 1) warf bemerkenswerte Schlaglichter auf das Treiben dieser »Eliteeinbrecher«. Beispielsweise wurde bekundet, daß in verschiedenen feinsten Cafés, wo sie ihre Treffpunkte hatten, jeder dritte Mann eine geladene Schußwaffe bei sich trage (S. 38), mit denen sogar die Kellner gehandelt haben sollen. Knitelius trennte sich angeblich von seiner Browningpistole selbst im Bette nicht.

Um noch einiges anzuführen, im September 1911 hatten Berliner Kriminalbeamte ein Feuergefecht mit fünf überraschten Geldschrankeinbrechern, wobei beide Teile Verletzungen davontrugen. Im Dezember desselben Jahres schossen in einem Vororte von Berlin Einbrecher auf einen Gendarmen, der seinerseits den einen mit einem Karabinerschuß niederstreckte. Viel Mühe und Arbeit hat es den Behörden gekostet, mit dieser »Elite« aufzuräumen; zurzeit befinden sich meines Wissens ihre sämtlichen Angehörigen hinter schwedischen Gardinen. Aber freilich, hoffnungsvoller Nachwuchs taucht immer wieder auf.

Was die Räuber anbelangt, so ist uns hierin das Ausland stets überlegen gewesen. Man braucht gar nicht an den Westen Amerikas, an Italien oder an die Balkanländer zu denken, auch in England und Frankreich wird Beachtenswertes geleistet. Das tollste, was Europa je gesehen hat, waren wohl die Pariser Automobilbanditen Bonnot und Genossen, die 1912 mit Revolvern und Winchesterbüchsen bewaffnet Automobile überfielen, die Insassen niederschossen und beraubten, gelegentlich auch wohl im Automobil bei Banken vorfuhren und das gesamte Personal durch Schnellfeuer niederstreckten. Bekanntlich wurden sie schließlich in einer Villa und in einem Automobilschuppen von

Polizei und Militär längere Zeit belagert und schließlich mit Hilfe von Schutzschilden und Scheinwerfern unter ausgiebiger Verwendung von Bomben und Handgranaten überwältigt, wobei noch ein höherer Polizeibeamter das Leben lassen mußte.

In Deutschland können sich Räuber, die ihr Opfer mit der Schußwaffe bedrohen oder aus dem Hinterhalte niederschießen, durchgängig nur sehr kurze Zeit halten. Wohl der letzte Räuberhauptmann, der sein Treiben längere Zeit fortzusetzen vermochte, war der 1900 in Bayern sein Wesen treibende Kneissl, der, mit Drilling und Revolver ausgerüstet, auf dem Fahrrade durch das Land streifte, die Bewohner einsamer Gehöfte plünderte und den Gendarmen wiederholt blutige Feuergefechte lieferte (vgl. Friedländer, Interessante Kriminalprozesse, Bd. II, S. 198).

Vor mehreren Jahren tauchten in der Nähe der russischen Grenze Bankräuber auf, in Kattowitz drangen sie einmal am hellen Tage in eine Bank ein und schossen die anwesenden Angestellten nieder.

1910 brachten in Friedberg (Hessen) von außerhalb zugereiste Einbrecher in dem Rathause eine Bombe zur Explosion und drangen während der entstandenen Verwirrung, maskiert und mit Browningpistolen bewaffnet, in die Reichsbanknebenstelle. Bei der Verfolgung beging der eine, nachdem er mehrere Nachsetzende niedergestreckt hatte, Selbstmord (Pitaval der Gegenwart, Bd. 7, S. 216 f.).

Außer den eigentlichen Räubern wären noch Sittlichkeitsverbrecher zu erwähnen, die ihr Opfer durch Bedrohung mit der Schußwaffe gefügig machen. Auch sie werden regelmäßig sehr schnell unschädlich gemacht.

4. Internationale Verbrecher.

Noch eine Stufe höher als die eben erwähnten Eliteeinbrecher stehen die Internationalen, die noch vor wenigen Jahren überall ihre Gastrollen gaben. Franzosen, Engländer oder undefinierbaren slawischen Ursprungs, stets hochelegante Herren in modernster Kleidung, vollendet in weltmännischen Formen; so tauchten sie überall, vornehmlich in den Badeorten und größeren Städten auf, und fast immer öffneten sich alle Gesellschaftskreise anstandslos — nicht zum mindesten die Herzen der Damenwelt. Sehr verschieden war ihre Betätigung: Bank- oder Industrieschwindler, Falschspieler, Juwelenhändler (»Brillantenschieber«), Falschmünzer, Heiratsschwindler, Hotel- oder Taschendiebe, schließlich Einbrecher im großen Stile. Namentlich die letzteren machten den Sicherheitsbehörden viel zu schaffen. Mit den kompliziertesten ausländischen Werkzeugen, mit Thermit oder Sauerstoffgebläse drangen sie in Banken und Juwelenläden ein; in den nächsten Stunden waren sie schon außerhalb der Landesgrenzen. Der Krieg hat diesem »Fremdenverkehr« ein Ende bereitet, aber kein Zweifel kann daran bestehen, daß er sich nach Friedensschluß wieder heben wird.

Dem Polizeibeamten gegenüber benahmen sich die Herren sehr verschieden. Viele führten nie eine Waffe bei sich (beispielsweise der bekannte Hoteldieb Manolescu) und fügten sich, höfliche Behandlung vorausgesetzt, mit weltmännischer Gelassenheit in ihr Schicksal. Andere

aber — vor allem solche, die bereits außerhalb etliches auf dem Kerbholze hatten, waren stets mit den vorzüglichsten Waffen ausgerüstet und machten oft genug von ihnen verhängnisvollen Gebrauch.

Die Russen und Franzosen führten Repetierpistolen, am liebsten den kleinen Browning 6,35 mm, der sich für den ja fast immer getragenen Frack oder Gehrock am besten eignete. Der Engländer und Amerikaner zog seinen Colt- oder Smith- & Wesson-Revolver vor, den ich bereits in der ersten Abhandlung (S. 18) ausführlich beschrieben habe. An ihm hatte er eine Waffe, die stets schußbereit war, nie versagte und den Gegner unbedingt niederstreckte. Gelangweilt schreitet der Gentleman neben dem Beamten her oder schnarrt einiges über Mißverständnisse; plötzlich fährt die Hand aus der Tasche, und schon knallt es. Es ist übrigens auch kein Märchen, daß Amerikaner durch die Kleidertasche schießen (vgl. erste Abhandlung S. 20). Der Schuß dringt dem Gegner meist in den Unterleib.

In Deutschland nur wenig bekannt ist der amerikanische »Derringer«, eine kleine Pistole, genau von der Form der in Abb. 1, Fig. 1 dargestellten Flobertpistole, jedoch für eine Patrone 10 mm mit starker Pulverladung eingerichtet, ein- oder doppelläufig. Einerseits infolge der Möglichkeit, ihn leicht zu verbergen, andererseits infolge der starken Patrone, die die Wirkung der kleinen Repetierpistole weit übertrifft, ist er eine sehr gefährliche Waffe. Bei Bock: »Moderne Faustfeuerwaffen«, S. 191 ist ein »Derringer« abgebildet, beschrieben wird er auch von Winans, S. 275.

Wie der Polizeibeamte mit dem Internationalen fertig wird, werde ich in einem der nächsten Abschnitte schildern.

5. Mörder und Leidenschaftsverbrecher.

Wie jede Kriminalstatistik zeigt, ist die Schußwaffe bei Mördern nicht sehr beliebt. Messer, Beil, Hammer oder Schlinge arbeiten sicherer und geräuschloser. Bevorzugt wird sie (freilich auch nicht immer) von schwächlichen und furchtsamen Personen, denen die Kraft oder der Mut zu einem direkten Angriff fehlt, sodann auch von Angehörigen besserer Stände, die gewissermaßen einen Abscheu vor dem unmittelbaren Blutvergießen empfinden.

Zur Schußwaffe greifen ferner die, die einen — beim Erschießen am leichtesten zu fingierenden — Selbstmord vortäuschen wollen, sei es zwecks Beraubung, sei es zwecks Geltendmachung von Erb- oder Versicherungsansprüchen. Beispiele finden sich in allen Lehrbüchern der gerichtlichen Medizin; der bekannteste Fall aus neuester Zeit war wohl der des Raubmörders Hennig, der 1905 in einem Walde bei Potsdam den Kellner Giernoth erschoß und beraubte. Das Opfer war bereits als Selbstmörder beerdigt, bevor der Verdacht eines Verbrechens auftauchte (vgl. die eingehende Darstellung bei Niceforo-Lindenau: »Die Kriminalpolizei und ihre Hilfswissenschaften« S. XXII f.). Um Mittel, sein Opfer in einsame Gegenden zu bringen, ist der Täter selten verlegen. Giernoth wurde durch das Versprechen, ihm außerhalb Stellung zu besorgen, auf abgelegene Pfade gelockt; ebenso war in dem ähnlich

liegenden Fall Senger (1908, Forst in der Niederlausitz) mit dem Ermordeten verfahren worden (vgl. Tegtmeyer: »Ein Raubmord nach dem Vorbilde Hennigs«, Pitaval der Gegenwart, Bd. 8, S. 43). In dem bekannten Fall des Rechtsanwalts Hau in Baden-Baden wurde das Opfer durch fingierte telephonische Nachrichten veranlaßt, sich noch spät abends zur Post zu begeben (Friedländer, Interessante Kriminalprozesse, Bd. II, S. 5). Übrigens ist bei den schon mehrfach erwähnten kleinkalibrigen Repetierpistolen der Knall so gering, daß schon in bewohnten Häusern manch Mord oder Selbstmord geschehen ist, ohne daß jemand etwas gehört hätte.

Über die kriminalpolizeilichen Maßnahmen wird noch gesprochen werden (unter Nr. V). Was den Exekutivbeamten anbelangt, so wird dieser ja einem bewaffneten Mörder ohnehin mit der größten Vorsicht entgegentreten. Manche sind übrigens nach der Tat vollständig gebrochen und leisten keinen Widerstand, andere kämpfen verzweifelt; nur wenige haben die Kaltblütigkeit, sich scheinbar zu fügen und die erste Gelegenheit zu einem heimtückischen Überfall zu benutzen.

Was den Leidenschaftsverbrecher anbelangt, so brauche ich über ihn wohl nicht viel zu sagen. Jedem von uns wird aus den Tageszeitungen bekannt sein, wie gerade hier die Revolverseuche gewütet hat und wie alle Augenblicke irgend jemand aus Eifersucht, verschmähter Liebe, gekränktem Ehrgeiz, manchmal ohne jede Veranlassung zum Revolver greift.

Nur selten leisten Leidenschaftsverbrecher Widerstand, gewöhnlich folgt sogleich nach der Tat die Ernüchterung und Reue; sehr oft stellen sie sich selbst der Polizei. Selbstverständlich ist bei ihrer Festnahme, solange sie die Waffe noch haben, gleichfalls Vorsicht geboten.

Zu erwähnen wären schließlich auch die Geisteskranken. Viel Aufsehen erregte im September 1910 ein Fall, in dem in Mühlhausen an der Enz ein geisteskranker Lehrer, mit drei Selbstladepistolen und schwarzer Maske ausgerüstet, das Dorf in Brand zu stecken versuchte, 13 Personen tötete und 11 schwer verletzte.

6. Weibliche Scharfschützen.

Daß die Revolverseuche auch auf die Frauenwelt übergesprungen ist, dürfte bekannt sein. Häufig bringen die Zeitungen ja Familiendramen, Eifersuchts- und Liebestragödien, bei denen die Gattin, die verlassene oder ihres Verehrers überdrüssige Geliebte zur Schußwaffe greift. Oft wird ein Sensationsprozeß daraus; erinnert sei an die 20jährige Hedwig Müller, die vor zwei Jahren ihren Geliebten, einen 19jährigen Hausdiener, im Tiergarten erschoß (Friedländer, Interessante Kriminalprozesse, Bd. 10, S. 200). Vereinzelt kommen auch Mordtaten zu gewinnsüchtigen Zwecken, mit größter Kaltblütigkeit und Entschlossenheit durchgeführt, vor. Einzig in ihrer Art ist wohl die bekannte Grete Beier, die vor mehreren Jahren in Chemnitz ihren Verlobten durch Gift betäubte, dann durch einen Schuß in den Mund tötete und äußerst geschickt einen Selbstmord fingierte, um sich mit Hilfe eines gefälschten Testamentes

in den Besitz seines Vermögens zu setzen (vgl. Glaser: Pitaval der Gegenwart, Bd. 5, S. 209 ff.; Friedländer, Bd. 6, S. 278).

In Romanen schießen sich die Heldinnen wochenlang vor der Tat systematisch ein. In der Wirklichkeit kommt es immerhin vor, daß Schießversuche gemacht werden, so von der kürzlich hingerichteten Mörderin Ullmann, die jedoch schließlich statt des unsicheren Revolvers Strick und Rasiermesser wählte (Deutsche Strafrechtszeitung, Bd. 3, S. 410).

Die Beschaffung der Schußwaffen gelang früher sehr häufig. Heute ist es bei den überall bestehenden Beschränkungen des Waffenverkaufs schon schwieriger.

Erwähnt muß übrigens werden, daß außer manchen Sportsdamen und Künstlerinnen sich auch sogenannte »Lebeweltdamen« häufiger, als man denkt, im Besitze von Schußwaffen befinden. In jeder Waffenhandlung kann man kleine Repetierpistolen in Luxusausführung, mit Perlmuttergriff, reich graviert, sowie mit Gold und Elfenbein ausgelegte »Damenrevolver« sehen (Form wie Abb. 1, Fig. 2). Die letzteren waren früher für kleine Randfeuer- oder Lefaucheuxpatronen eingerichtet, jetzt fast immer für die Browningpatrone 6,35 mm. Vor kurzer Zeit tauchte eine ganz neue Damenwaffe auf, die großen Beifall fand, die sogenannte Kolibripistole. Es ist dies eine winzige Repetierpistole, etwa 7 cm lang, genau einem großen Modell nachgebildet, für acht rauchlose Patronen, Kaliber 3 mm, eingerichtet. Sie scheint zunächst ein bloßes Spielzeug zu sein; bei meinen Schießversuchen drang indessen das kleine Mantelgeschoß auf 1½ m beinahe 1 cm tief in ein hartes Holzbrett ein; sie kann also doch wohl unter Umständen schwere Körperverletzungen herbeiführen.

Oft wird bei den ja sehr sprunghaften Launen der genannten Damen der Wunsch nach derartigem laut, und es findet sich auch immer ein Kavalier, der ihren Wunsch erfüllt. Schießübungen lassen sich bei dem schwachen Knall schon anstellen, und kommt dann einmal das Temperament bzw. die Hysterie zum Ausbruch, dann wird der bedenklichste Unfug angerichtet.

Winans (S. 280) weist zutreffend darauf hin, daß eine Frau die Waffe in ihrer Kleidung bedeutend besser verstecken könne als ein Mann und daher trotz der mangelnden Übung gefährlicher werden könne. Neben Schirm oder Handtasche ist der Muff das beliebteste Versteck; in ihm wird die Waffe unbemerkt schußfertig gemacht und auch abgedrückt, wobei er noch als Schalldämpfer dient. Nach Friedländer (Bd. 10, S. 201) soll die schon erwähnte Hedwig Müller auf diese Art geschossen haben. Ferner tötete in derselben Weise 1909 eine Schauspielerin in Rostock eine Kollegin in deren Wohnung. Der Knall wurde von niemandem im Hause gehört (die kleine Browningpistole gelangte zur Anwendung), und die Täterin konnte sich ungehindert entfernen. 1901 erschoß in Dresden eine hysterische Dame einen Künstler. In einem Straßenbahnwagen näherte sie sich ihm mit zwei Revolvern in der Hand, die Waffen mit Blumen dicht umwunden, so daß man sie für Sträuße hielt. Sie sind in dem Werke von Wulffen »Der Sexualverbrecher« (P. Langenscheidt, Gr.-Lichterfelde), S. 118 abgebildet.



»Keine falsche Eitelkeit,« sagt er, »Heldenmut würde unnütz sein.« Ein deutscher Polizeibeamter wird wohl allerdings kaum zu diesem Mittel greifen. Höchstens bei Geisteskranken kann es manchmal zweckmäßig sein, sich scheinbar ihren Launen zu fügen.



Abb. 2.

Für einen Dritten, der nicht selbst bedroht ist, empfiehlt Hancock (Dschiu-Dschitsu S. 101)[8]) von der Seite oder von hinten heranzuspringen, die den Revolver haltende Hand mit der rechten unter Anwendung des »Handgelenkkniffs«[9]) zu fassen und zugleich den rechten

[8]) Verlag J. Hoffmann, Stuttgart.

[9]) Bei dem Handgelenkkniff liegen die Finger über der inneren Handfläche des Gegners, der Daumen wird mitgefaßt; nach dem Kleinfinger zu gepreßt und der eigene Daumen kräftig gegen den unter dem Ringfinger liegenden Muskel gedrückt.

Oberarm so energisch wie möglich in der Mitte zu packen. Mit möglichstem Kraftaufwand soll man dann den Arm nach oben und auf den Rücken des Revolverhelden drücken.



Abb. 3.

Abb. 3 zeigt einen gefährlichen, aber sehr wirksamen Griff, den ich von einem Artisten gelernt habe. Er erfordert große Behendigkeit und Übung, ermöglicht aber noch dann, wenn man schon von der schußfertigen Waffe bedroht wird, den Gegner wehrlos zu machen. Man springt — um nicht etwa doch getroffen zu werden, in seitlichem Bogen — heran. Die rechte Hand faßt das Handgelenk und reißt den Gegner mit einem plötzlichen Ruck nach vorn. Gleichzeitig schiebt sich der linke Arm unter den gestreckten des Gegners, wobei die Hand

zugleich einen Schlag gegen den Magen führen kann. Nunmehr drückt man mit aller Kraft den Arm des Gegners über dem gewissermaßen als Hebel dienenden eigenen linken aus dem Gelenk.

So umständlich die Beschreibung des Griffes ist, so schnell führt ihn der Geübte in Wirklichkeit aus, kann er gut springen, noch auf drei bis vier Meter. Selbstverständlich darf ihn, wie auch die sonstigen vorhergenannten Griffe nur der im Ernstfalle versuchen, der sie vorher mit einem Gehilfen wiederholt durchgeübt hat und vollkommen sicher beherrscht.

Meist wird der Polizeibeamte, sobald der Gegner eine Schußwaffe zieht oder Miene dazu macht, schleunigst zur eigenen Waffe greifen. Wie sich die Sachlage dann gestaltet, und wie vorzugehen ist, habe ich bereits in der ersten Abhandlung (S. 27) eingehend erörtert. Hier sei nur noch erwähnt: Nach Renaud (S. 345) soll man, wenn irgend möglich, Deckung suchen, etwa einen Stuhl oder Sessel als Schild benutzen, ferner nach Möglichkeit von rechts nach links springen, da ein ungeübter Schütze fast immer zu sehr nach rechts schieße. Winans rät (S. 272), die Aufmerksamkeit des Gegners durch Finten abzulenken, Gegenstände umzuwerfen oder fingierte Personen anzurufen. Indessen kann man wohl sagen, daß der Sicherheitsbeamte bei derartigen Zusammenstößen, wenn er nur einigermaßen rasch und geistesgegenwärtig handelt, stets Sieger bleibt. Die traurigen Fälle, in denen ein pflichtgetreuer Hüter des Gesetzes auf dem Platze bleibt, sind fast alle darauf zurückzuführen, daß dem Verbrecher ein heimtückischer Überfall gelang. So leicht ist man hinterher geneigt, dem Beamten Nachlässigkeit vorzuwerfen. Wie liegt es aber in Wirklichkeit? Er hält, wie er es schon hundertmal getan hat, einen unauffälligen Arbeiter, einen soliden Bürger oder einen eleganten Herrn an, auf eine zweifelhafte Anzeige, wegen Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person, wegen Antreffens unter verdächtigen Umständen oder wegen einer geringfügigen Übertretung. Rechnet er etwa stets damit, daß ihm der Angehaltene durch die Kleidertasche eine Kugel in den Leib jagen wird? Darf er ihm nach der Renaudschen Methode ohne Vorrede und ohne sich auszuweisen von hinten an die Kehle springen? Ein Beispiel aus den letzten Jahren: Eine Prostituierte ist beraubt worden, der Täter entkommen. Am folgenden Tage sieht sie ihn in einem Lokal und holt einen Schutzmann. Auf dessen Aufforderung, zwecks Aufklärung zur Wache zu folgen, erhebt sich der Fremde höflich, greift mit dem Rufe »Kellner, zahlen!« in die Tasche, zieht statt des Portemonnaies eine Browningpistole und schießt den Beamten nieder. Selbstverständlich kann man hinterher sagen, daß dieser besser getan hätte, den Verbrecher nach dem Renaudschen Rezepte vom Stuhl zu reißen, aber durfte er das unter den obwaltenden Umständen? Er ist doch nun einmal gezwungen, um mit Renaud zu reden, zunächst ein »gewisses Maß von Höflichkeit und Vertrauensseligkeit« anzuwenden.

Zweierlei, glaube ich jedoch, kann den Beamten vor derartigem schützen. Zunächst vergegenwärtige er sich bei jeder Sistierung, daß sie mit Lebensgefahr für ihn verbunden sein kann. Höflich trete er

auf, aber alle Sehnen und Nerven seien gespannt, und in jeder Sekunde sei er auf einen Angriff gefaßt. Nach meinem Dafürhalten ist es auch durchaus zweckmäßig, wenn der Beamte stets — selbstverständlich unauffällig — die Waffe bereit hält, der Kriminalbeamte etwa in der Brust- oder Seitentasche, desgleichen auch während des Transports zur Wache.

Der letztere erfordert noch größere Aufmerksamkeit. Stets denke der Beamte daran, daß das gemütliche oder unterwürfige Wesen seines Begleiters nur den Zweck haben kann, ihn sicher zu machen. Alle Verbrecher wissen, daß die Aufmerksamkeit des Beamten kurz vor der Wache nachläßt, daher erfolgt hier der Überfall am liebsten. Willenskraft gehört dazu, um sich nicht durch plötzliche Zurufe ablenken oder verwirren zu lassen. Ein warnendes Beispiel berichtete mir vor längerer Zeit ein alter Förster. Sein Kollege transportiert einen Wilddieb; ruhig schreitet dieser neben ihm her, plötzlich zeigt er zur Seite und ruft: »Hirsche«. Unwillkürlich wendet der Förster den Blick dorthin und — hat in demselben Augenblick das Messer des Wilddiebes im Leibe.

Ist der Beamte wirklich aufmerksam, so kann der Verbrecher nicht viel ausrichten. Ein blitzschneller Faustschlag oder Stockhieb pariert den gefährlichsten Angriff genügend; zwei Beispiele: Der schon erwähnte Karl Masch (S. 223), unter den harmlosesten Umständen festgenommen, riß auf dem Transport zur Wache plötzlich eine Pistole heraus; in demselben Augenblick traf ein gutgezielter Faustschlag des Beamten seine Hand, und mit Hilfe Umstehender war er schnell überwältigt[10]). In Stettin wurde ein Fahrraddieb festgenommen; kurz vor der Wache riß er sich los, zog einen Revolver und schoß dem Beamten in das Gesicht; in demselben Moment schlug ihn dieser mit einem Stockhiebe nieder. Kein anderer war es als der lange gesuchte Raubmörder Hennig. Dem, der das Dschiu-Dschitsu (vgl. S. 232) beherrscht, stehen übrigens gerade für diese Fälle zahlreiche Griffe zur Verfügung. In Thüringen lernte ich einmal einen alten Polizeisergeanten kennen, der gegen plötzliche Angriffe einen vortrefflichen Griff hatte; er pflegte sich möglichst tief zu ducken, den Kopf dem Gegner vor den Unterleib zu stoßen, ihn zugleich an den Knien zu packen und nach vorn zu reißen. Manchen plötzlichen Überfall hatte er angeblich schon auf diese Weise vereitelt. Sieht der Verbrecher übrigens, daß auf dem Transporte gar nichts zu machen ist, so versucht er es schließlich noch auf der Wache. In Zoppot gelang es im Mai d. J. einem eingelieferten Einbrecher, auf der Wache die beiden anwesenden Polizeibeamten niederzuschießen und zu entkommen.

Übrigens hätte sich dieses Verbrechen wie auch die erwähnten Fälle Masch und Hennig durch das zweite Mittel vermeiden lassen, das mir bei meinem ersten Außendienst ein erfahrener Kriminalbeamter stets einschärfte. Man durchsuche nach Möglichkeit jedem unter irgendwie bedenklichen Umständen Sistierten sofort die Taschen nach verborgenen Waffen, an belebten Orten etwa im nächsten Hausflur. Ist dies aber zulässig? Als Durchsuchung im Sinne des § 102 der StPO.

---

10) Temme a. a. O. S. 86.



sicher nicht; wohl aber m. E. als präventivpolizeiliche Maßnahme im Sinne des § 10, II, 17 des Allg. Landr. Ich möchte mich hierbei auf eine Reichsgerichtsentscheidung vom 4. Oktober 1906 (Strafsachen Bd. 39, S. 189 f.) berufen. Es heißt da: »Das Vorhandensein einer Waffe in der Hand einer Person, die sich durch ihr Verhalten der Neigung zu Ausschreitungen verdächtig gemacht hat unter Verhältnissen, die den alsbaldigen Eintritt einer Gelegenheit zu solchen Ausschreitungen und einer mißbräuchlichen Benutzung der Waffe befürchten lassen, bewirkt eine gemeine Gefahr, zu deren Abwendung die Polizeibeamten berufen sind, mag auch bisher eine strafbare Handlung nicht begangen sein. Das Mittel zur Beseitigung dieser Gefahr ist die Wegnahme der Waffe, und wiederum das Mittel zur Wegnahme die Durchsuchung der Person, welche die Waffe bei sich verborgen hält. Zur Ausübung dieser Befugnisse bedarf es selbstverständlich einer besonders sorgfältigen Abwägung aller Umstände und der Prüfung, ob überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls oder der Sicherheit anderer Personen einen Eingriff in die Freiheit des Eigentums des einzelnen gebieten.«

Über diese Gründe muß also der Beamte nachträglich Rechenschaft ablegen können. Im übrigen wird er, wenn er wirklich an ein harmloses Individuum gerät, nur selten Schwierigkeiten haben, wenn er dem Betreffenden die Notwendigkeit in höflicher und sachlicher Weise auseinandersetzt.

Sehr mißlich sind die Fälle, in denen der Verbrecher die Flucht ergreift, sich plötzlich umdreht, in Deckung springt und auf den verfolgenden Beamten schießt. Die schon auf S. 226 erwähnten Friedberger Bombenwerfer eröffneten bei ihrer Verfolgung ein förmliches Feuergefecht auf die Nacheilenden, das schließlich mit dem Selbstmorde des einen, mit dem Entkommen des anderen endigte. Vor mehreren Jahren hielt in einem Vororte von Berlin ein Kriminalbeamter einen Verdächtigen an. Dieser ergriff die Flucht, drehte sich plötzlich um schoß und verletzte den Beamten tödlich. Anders kam es in dem folgenden Falle. Der Jüngling, den ein Kriminalbeamter beim Verkauf von Juwelen anhielt, riß gleichfalls aus, zog auf der Flucht die Browningpistole, fuhr herum und ging in Anschlag; der Beamte jedoch hatte sich im Laufen gleichfalls schußfertig gemacht und schoß den Verbrecher noch im letzten Augenblick nieder. Dieses Vorgehen ist auch das einzig mögliche. Auf den Flüchtenden darf, wie schon in der ersten Abhandlung (S. 12) gesagt wurde, unter keinen Umständen geschossen werden; aber sich im Laufen schußfertig zu machen, ist auf jeden Fall anzuraten.

IV. Im Kampfe mit Wilderern.

Unter den schießenden Verbrechern nimmt der Wilderer entschieden eine Sonderstellung ein. Freilich tritt uns in der Wirklichkeit fast nie der kühne Raubschütze entgegen, den Dichter und Maler seit Jahrhunderten verherrlichen[11]). Arbeits- und lichtscheues Gesindel, ge-

[11]) Vgl. Amschl, Wildschützenromantik als Verbrechen. Groß' Archiv, Bd. 17, S. 76.

werbsmäßiges Verbrechertum steht vor uns; daneben hin und wieder ehrbare Personen aus allen Ständen, die unbezähmbare Jagdleidenschaft verführt. Aber etwas Eigenartiges liegt doch über ihrem Tun und Treiben, wie auch ihre Bekämpfung zwar schwierige und gefährliche, aber höchst interessante Aufgaben stellt.

Im allgemeinen ist sie ja Sache der Forst- und Jagdschutzbeamten, die, wie bekannt sein dürfte, mit ihnen seit Jahrhunderten in erbitterter — häufig mit Blut besiegelter — Fehde liegen. Der Gendarm betätigt sich mehr kriminalistisch, der Polizeibeamte endlich kommt nur da mit ihnen in Berührung, wo Waldungen direkt an größere Städte grenzen, oder wo sonstige Gründe die Stadtbevölkerung zum Wildern veranlassen. Einzelne Städte Oberschlesiens, Sachsens und Westfalens sind ja in dieser Beziehung berühmt.

Wo organisierte Wildererbanden, von Hehlern und Kundschaftern unterstützt, ihr Wesen treiben, wo reisende Wilddiebe ganze Landstriche heimsuchen, oder wo, wie es vorkommt, der größere Teil einer Dorfbevölkerung wildert, sind die stets umlauerten einheimischen Sicherheitsorgane so ziemlich machtlos. Hier setzt die Tätigkeit des Kriminalbeamten ein, ebenso wo es sich um Ermittelungen bei Förstermorden handelt. Was endlich den Juristen anbetrifft, so klagen — offen sei es gesagt — fast alle Jäger und Jagdschutzvereine darüber, daß er nur selten das richtige Verständnis für die Gefährlichkeit und Niederträchtigkeit des Wilderers besitzt, und daß er oft Milde walten läßt, wo die volle Schärfe des Gesetzes Platz greifen müßte [12]). Vieles ist übertrieben, aber richtig ist, daß der Wilderer nachts im Dickicht ganz anders aussieht als winselnd vor dem Richtertisch. Wenn ein Richter einmal die Qualen eines in der Drahtschlinge verendenden Rehes gesehen hat, so verurteilt er sicher keinen Schlingensteller mehr zu der Mindeststrafe. Was andererseits den Wilderer mit der Schußwaffe anbetrifft, so sei an die Worte eines erfahrenen Kenners des Wildererunwesens [13]) erinnert, der darauf hinweist, »daß jeder Wilderer, der eine tödliche Waffe mit auf den Abweg nimmt, auch stets den schlummernden und glimmenden Entschluß in der Brust mit trägt, den Pfad des schwersten Verbrechens zu betreten«. Über die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen brauche ich wohl nicht viel zu sagen. Das StGB. stellt bekanntlich im § 292 die unberechtigte Jagdausübung, im § 293 die Nachstellung mit Schlingen, Netzen, Fallen oder anderen Vorrichtungen, Jagdvergehen während der gesetzlichen Schonzeit, in Wäldern, zur Nachtzeit, oder gemeinschaftlich von mehreren, im § 294 das gewerbsmäßige Wildern unter Strafe, während § 295 von der Einziehung der Jagdgeräte spricht. § 117 handelt vom Widerstande gegen Forst- und Jagdbeamte bzw. Forst- oder Jagdberechtigte, § 118 von im Verlaufe des Widerstandes begangener Körperverletzung, § 119 vom gemein-

[12]) Vgl. Joachim, Wildern und Jagdschutz. Die Jagd, Jahrg. 3, 1907, S. 484; Fronhoff, Erlebnisse mit Holz- und Wilddieben. Wild und Hund, Jahrg. 20, S. 85.

[13]) Raoul v. Dombrowski, Das Wildern, dessen Arten und dessen Bekämpfung. Cöthen (Anhalt) 1894.



schaftlichen Widerstande. § 368, Ziff. 10 bedroht das Betreten fremder Jagdgebiete außerhalb öffentlicher Wege in Jagdausrüstung, § 361, Ziff. 9 die Unterlassung der Abhaltung von Kindern oder Hausangehörigen vom Jagd- oder Forstfrevel, § 367, Ziff. 8 das Legen von Selbstgeschossen, Schlageisen oder Fußangeln, sowie das Schießen mit Feuergewehren oder anderem Schießwerkzeuge an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten ohne polizeiliche Erlaubnis. Gegen das — häufig vorkommende — Führen von in Stöcken oder Röhren verborgenen Schußwaffen wendet sich § 367, Ziff. 9.

Das wichtigste Landesgesetz ist für Preußen die Jagdordnung vom 15. Juli 1907. Hin und wieder kommt auch das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 und das Forstdiebstahlsgesetz vom 15. April 1878 zur Anwendung.

Der Waffengebrauch der Forst- und Jagdschutzbeamten wird in Preußen durch das Gesetz vom 31. März 1837 mit den Instruktionen vom 17. April und 21. November 1837 geregelt.

Das in den sämtlichen Bundesstaaten, insbesondere auch in Preußen, geltende Waffengebrauchsrecht der Jagdschutzbeamten behandelt eingehend die Göttinger Dissertation von Erich Reichmuth, »Das Recht der Forstbeamten zum Waffengebrauch in Deutschland«, Neudamm o. J. Von sonstiger jagdrechtlicher Literatur möchte ich hier nur A. Ebners »Preußische Jagdgesetze« (Berlin, Karl Heymann, 1911) und Dalcke-Delius' »Preußisches Jagdrecht« (Breslau 1908) nennen. Fortlaufende Mitteilungen über die Rechtsprechung auf jagdlichem Gebiete bringen die meisten Jagdzeitschriften; genannt seien »Die deutsche Jägerzeitung«, Neudamm, »St. Hubertus«, Cöthen (Anhalt), »Wild und Hund«, Berlin, Paul Parey. Diese enthalten auch ständig Berichte, Notizen und Abhandlungen über das Treiben der Wilddiebe und ihre Bekämpfung. Ebenso bieten die dort veröffentlichten Erzählungen und Novellen, durchgängig von Praktikern geschrieben, viel Brauchbares[14]), ganz im Gegensatz zu der übrigen, meist sehr wenig der Wirklichkeit entsprechenden Wilddiebsliteratur. Wer viel mit Wilddieben zu tun hat, tut gut, die vorgenannten Zeitschriften ständig zu verfolgen.

Handbücher über das Wildern gibt es nur wenige. Das schon auf S. 237 erwähnte Dombrowskische Werk »Das Wildern« ist zum Teil veraltet. Einen freilich sehr kurzen Abriß für Polizeibeamte gibt Brincken-Paulinis »Erforschung strafbarer Handlungen«, eine für Jäger bestimmte Anleitung Oberländers »Lehrprinz« (Neudamm 1910).

Wie bekannt sein dürfte, wird auf die verschiedenste Weise gewildert. Da gibt es den Schlingensteller, den Fasanenspießer und -Schwefler, den Frettierer; da wird mit Netzen, Fangeisen, Widerhaken und allen möglichen Fallen gearbeitet, sogar mit Elektrizität ist schon gewildert worden (St. Hubertus, Jahrg. 31, S. 19). Auf alle diese

---

[14]) Erwähnen möchte ich den kürzlich in »Wild und Hund« veröffentlichten, jetzt in Buchform vorliegenden Roman »Hirschbrunn«, der namentlich das Treiben und die Kniffe der Schlingensteller anschaulich schildert.



— örtlich übrigens sehr verschiedenen — Methoden kann ich hier nicht eingehen, muß mich vielmehr auf den Wilderer mit der Schußwaffe beschränken.

Auch er tritt in den verschiedensten Gestalten auf die Bildfläche. Landstreicher und Zigeuner, gewerbsmäßige Wilderer aller Art, vom heruntergekommenen Strolch bis zur »Elite«, die im Automobil in das Revier fährt; Landleute, Arbeiter und Handwerker, die sich einen Nebenerwerb machen; selbst weibliche Personen hat man schon abgefaßt (Dombrowski S. 27), desgleichen einarmige und einbeinige (St. Hubertus, Jahrg. 29, S. 269; Jahrg. 30, S. 380); dann wirklich ehrenhafte Leute aus allen, selbst den besten Ständen, die ungezügelte Jagdleidenschaft unaufhaltsam auf die verbotenen Wege treibt. Von Gagern (Das Wildern, »Wild und Hund«, Jahrg. 22, S. 338) spricht sogar von einem »Gentleman-Wilderer«, einem Mann von Bildung und Reichtum, dessen — wahrscheinlich dekadente — Nerven nur einen Reiz an den verbotenerweise erjagten Trophäen verspüren.

Anders als diese traurigen Übermenschen ist die Landbevölkerung mancher Gebirgsgegenden zu beurteilen, die Generationen hindurch die Jagd für ihr angestammtes Recht, den Eingriff der Staatshoheit aber als Vergewaltigung betrachtet und demgemäß in dem Jagdschutzbeamten ihren schlimmsten Feind sieht. Was sich in diesen Gegenden für Kämpfe abspielen, dürfte bekannt sein.

Dementsprechend ist auch die Bewaffnung des Wilderers sehr verschieden, denn jeder nimmt das Beste, was er gerade bekommen kann. Der »Gentleman-Wilderer« führt einen feinen Drilling oder eine Repetierbüchse mit Zielfernrohr, der Arbeiter eine billige Doppelflinte oder ein altes, zur Schrotspritze umgearbeitetes Militärgewehr; der Bauer holt ein vom Urgroßvater ererbtes oder beim Trödler gekauftes Steinschloß- oder Perkussionsgewehr hervor, in das er manchmal noch Nägel oder gehacktes Blei stopft (vgl. »Wild und Hund«, Jahrg. 22, 1916, S. 287); der Landstreicher endlich baut sich aus altem Eisenrohr selbst ein Schießwerkzeug zusammen, das ihm manchmal freilich an den Kopf fliegt. Unglaubliche Schießinstrumente bildet beispielsweise Kenyeres in seinem Aufsatze: »Das Sammeln von Lehr- und Beweismaterial in der gerichtlichen Medizin«, Groß' Archiv, Bd. 22, S. 199 ab. In den Alpenländern führt der Wilderer auch heute noch den berühmten Stutzen, den wir alle aus Wilddiebsgeschichten kennen, gewöhnlich noch einen Vorderlader. Da wohl nur die wenigsten Leser einen solchen jemals in Wirklichkeit gesehen haben, zeige ich in Abb. 4, Fig. 1 ein Exemplar aus meiner Sammlung. Hier sei übrigens schon erwähnt: In wessen Bezirken noch Vorderlader vorkommen, der lasse sich unbedingt ihre Konstruktion und Ladeweise von einem Sachkundigen erklären, da er sonst bei jeder Lokalbesichtigung, Durchsuchung und Verhandlung in Verlegenheit kommt (vgl. auch im folgenden S. 247).

Übrigens kann der Wilddieb selbst die besten Jagdgewehre nicht immer gebrauchen. Einmal knallen sie zu laut, sodann ist ihr Tragen zu auffällig. Sehr beliebt sind aus diesem Grunde die Flobert- oder

Teschinggewehre[15]), vor allem die sogenannten »Mauserleinkarabiner«. In Kaliber 6 mm, mit der Winchesterpatrone »lang« oder »extra lang« haben sie für kleines Wild genügende Durchschlagskraft, zumal die Wirkung des Geschosses durch Anbringung von Hohlspitzen u. dgl. erhöht wird, der Knall dagegen ist äußerst gering. Der »bessere« Wilderer, der es sich leisten kann, wählt die sogenannten »Schonzeitgewehre«, die zwar teurer sind, aber vorzüglich schießen. Ihre Munition, die kleine rauchlose Patrone 6½ × 27 mm mit Teilmantelgeschoß, die »Motrispatrone« und die verschiedenen sogenannten »Vierlingspatronen«, kann sich der Leser bei jedem Waffenhändler zeigen lassen. Auch sie knallen nur wenig, die Treffsicherheit und Durchschlagskraft reicht dagegen für die meisten Jagdzwecke aus.

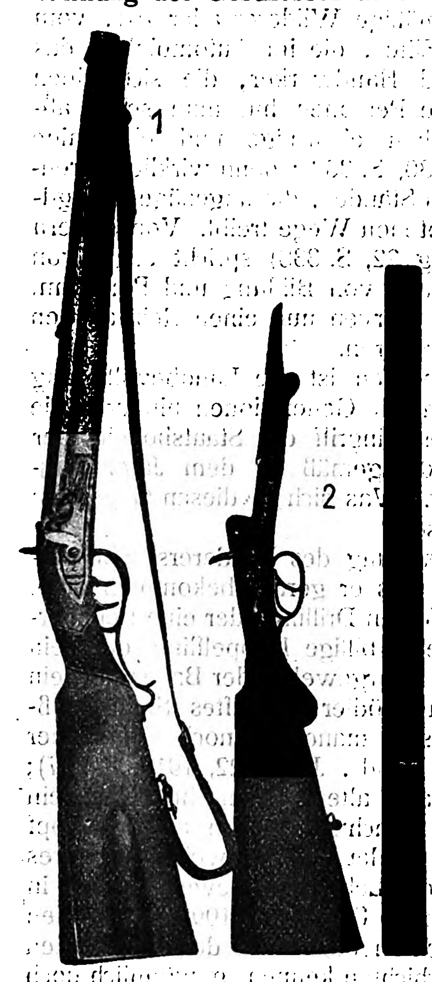


Abb. 4.

Seit einiger Zeit sind sogenannte »Schalldämpfer« im Handel. Sie bestehen aus einer kurzen, auf den Lauf zu schraubenden Stahlröhre; in ihr ist ein besonderes System von gebogenen beweglichen Stahlkörpern enthalten, durch deren Mitte das Geschoß läuft. Die Bewegung dieser Körper beim Durchgehen der Verbrennungsgase hebt die Wirkung des Knalles auf. Früher nur für Teschings lieferbar, werden sie jetzt auch für Pürschbüchsen und Militärgewehre angefertigt. Selbstverständlich interessieren sich die Wilddiebe für diese Erfindung außerordentlich; manche verstehen es auch schon, sich aus Holz oder Pappe selbst Schalldämpfer anzufertigen.

Behauptet wird ja, daß Wildschützen von jeher gewöhnliches Schwarzpulver durch besondere Behandlung knallschwach machen konnten. Hans Groß (Handbuch Bd. I, S. 603) nennt Mischungen mit gepulverten Hundeknochen. Auch mir sind verschiedene Rezepte, Mischungen mit pulverisierter Soda usw. bekannt. In der Praxis habe ich sie noch nie gesehen.

Was nunmehr das leichte Verbergen der Waffe anbelangt, so läßt sich jedes gewöhnliche Jagdgewehr zerlegen (siehe Abb. 4, Fig. 2). Aber

[15]) Vgl. Lörn, Wildererschliche. St. Hubertus, Jahrg. 32, 1914, S. 686. Die wichtigsten Arten von Teschinggewehren beschreibt Otto Maretsch, Moderne Scheibenwaffen. Vgl. S. 220.

die Teile sind immer noch zu groß. Bei den Teschings sind sie handlicher, hier ist aber wieder manchmal das Geschoß zu klein. Daher wählt der Wilddieb lieber besondere Abschraubegewehre. Früher stellte er sie sich selbst her oder ließ sie sich von einem Schmied oder Schlosser bauen.

In Abb. 5, Fig. 2 und 3 zeige ich derartige Flinten, beide noch Vorderlader. Bei der zu 2 abgebildeten Waffe ist einfach ein Eisenrohr an ein altes Terzerol angeschraubt; bei 3 liegt das Schloß, aus einer mit roh gefeilten Rasten und einer Spiralfeder versehenen Stange bestehend, in dem Eisenrohr und wird durch Zurückziehen des Ringes gespannt. Das Zündhütchen wird auf das über dem Gewinde sichtbare Piston aufgesetzt. Auch mehrfach zerlegbare Gewehre kommen vor; namentlich wird der Lauf manchmal aus einer Anzahl kurzer Röhren zusammengeschraubt (vgl. Groß, Handbuch, Bd. I, S. 579).

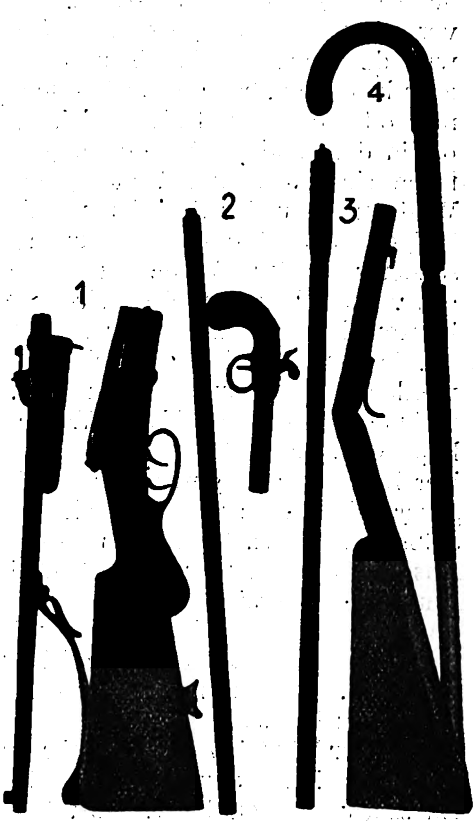


Abb. 5.

Heute braucht sich der Wilderer nicht mehr solche Mühe zu machen; er bekommt alles zu kaufen oder per Post zugesandt. Der Kenner, der Waffenkataloge durchblättert, schüttelt manchmal den Kopf, wenn er Vogelflinten, Jagdkarabiner, Bergstutzen u. dgl. sieht und liest: »Lauf zum schnellen Aushaken«, »mit einem Druck auseinanderzunehmen«, »zum bequemen Tragen im Rucksack«, »auf Wunsch auch vierfach zu zerlegen«, »mit zusammenlegbarem Kolben«, usw. Bei zu bedenklichen Konstruktionen sind noch oft die beruhigenden Worte »nur für Export« hinzugefügt; in Wirklichkeit kann man aber wohl kaum bezweifeln, daß sie einzig für Wilddiebe bestimmt sind. Das Feinste, was ich je in dieser Beziehung gesehen habe, ist in Abb. 5, Fig. 1 dargestellt. Eine zierliche Pürschbüchse, für die schon erwähnte Patrone 6,5 × 27 eingerichtet (vgl. S. 240), mit Stechschloß, Pistolengriff, verstellbarer feinster Visierung und allen modernen Einrichtungen ausgerüstet. Durch eine halbe Drehung ist sie in zwei kleine Teile zerlegt. Ich kann zwar nicht behaupten, daß sie für Wilddiebszwecke gebaut ist, aber — der kundige Leser möge sich das Bild ansehen und danach selbst seine Meinung fassen. Aus Fachkreisen ist schon oft der Ruf nach polizei-

lichem Einschreiten gegen das Anpreisen derartiger Waffen laut geworden; doch ergibt sich nur selten dafür ein Anhalt. Eine Spezialität für Wilddiebe, die ihre Tätigkeit gern am Tage während des Spazierganges ausüben, sind die sogenannten »Stockflinten«. Auch sie sind im Handel zu haben, obwohl ihr Tragen vielfach durch Polizeiverordnung verboten ist (vgl. § 367, Ziff. 9 StGB.). Fig. 4 in Abb. 5 zeigt eine Stockflinte mit geöffnetem Verschluß. Der aus dem blanken Metallring hervorspringende Abzug ist außer Gebrauch völlig unsichtbar; der Lauf wird durch eine abschraubbare Zwinge verschlossen. Übrigens kommen auch bedeutend bessere Ausführungen vor, elegante Stöcke, mit Bambusrohr oder poliertem Holz umkleidet, mit Büffel- oder Hirschhornkrücken, die in der Hand des Spaziergängers ganz harmlos aussehen; höchstens fallen sie durch ihren Umfang und die Form der Zwinge auf. Der Wilderer, dem das Schießen mit diesen Stöcken zu unsicher ist, kann übrigens auch Stockflinten kaufen, an die statt der Krücke ein besonderer in der Tasche zu verbergender Kolben angesetzt werden kann. Landleute arbeiten sich Stockflinten derart um, daß Spaten, Hacken, Dunggabeln und sonstige Geräte daraus werden.

Wie das Beste in der Welt schlechten Zwecken dienstbar gemacht werden kann, so machen sich die Wilddiebe jetzt eine vortreffliche Erfindung in sehr bedenklicher Weise zunutze, nämlich die großkalibrigen Repetierpistolen mit Anschlagkolben (Browning, Mauser, Parabellum). Der Kolben dient gewöhnlich zugleich als Futteral und gestaltet angesetzt die Pistole zu einem kleinen Jagdkarabiner um (siehe Abb. 6). Selbstverständlich lassen sich diese Waffen besser verbergen als jedes Abschraubegewehr, und die Treffsicherheit ist eine vorzügliche. Die Mauserpistole schießt ja bis auf 800 m. In dem schon auf S. 238, N. 14 erwähnten Roman »Hirschbrunn« wird sogar behauptet, daß die Wilddiebe den Kolben baumrindenfarbig anstreichen oder mit Baumrinde benageln, um ihn bei Überraschungen einfach auf den Waldboden werfen zu können.

Wie der Wilddieb sein Gewehr außer Gebrauch verbirgt, und welche Listen er hierbei anwendet, ist ein Kapitel für sich. Wie oft bleiben Haussuchungen erfolglos, wo tatsächlich ein ganzes Arsenal zu finden wäre! Auf die Verstecke, die Hans Groß in seinem Handbuch (Bd. I, S. 191) schildert, kommt man tatsächlich nicht so leicht; und das ist nur ein kleiner Teil. Sogar ausgehöhlte Tischbeine sind schon zum Verstecken von Läufen benutzt worden [16]). Der vorsichtige Wilddieb nimmt seine Flinte überhaupt nicht nach Hause; er läßt sie bei Freunden, Verwandten, beim Hehler oder noch besser, er vergräbt sie im Walde — zum Schutze gegen die Feuchtigkeit etwa in ein Stück Ofenrohr verpackt — oder verbirgt sie in einem hohlen Baume. Dann kann die Behörde Haussuchungen abhalten, soviel sie will. Peinlich wird höchstens, wenn ein erfahrener Gendarm alle Behälter nach Zubehörteilen und Munition durchstöbert; denn davon hat der Wildschütze fast

---

[16]) Fronhoff, Erlebnisse mit Holz- und Wilddieben. Wild und Hund, Jahrg. 20, S. 83.

immer etwas im Hause. Und wenn es auch stets »vom Großvater herstammt« oder »von einem Freunde vergessen ist«, der Gerichtschemiker kann doch aus einer Kugelform, einer Patronenhülse oder selbst aus

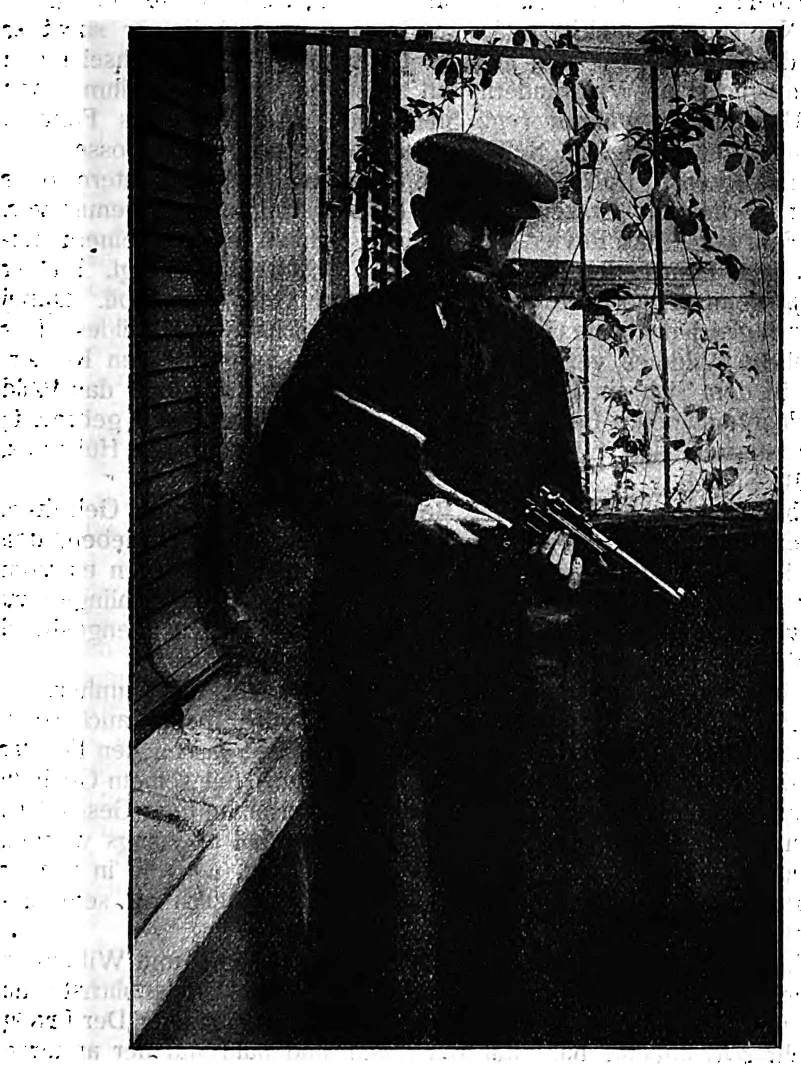


Abb. 6.

einem zu Pflastern benutzten Leinwandfetzen ganz fatales Beweismaterial konstruieren.

Soviel über die Bewaffnung des Wildschützen. Jedenfalls wünscht der Leser nun auch etwas über sein Treiben zu hören; ich muß mich hier allerdings sehr kurz fassen.

Gern geht der Wildschütze nachts an die Arbeit, bei Mondschein, neuerdings auch beim Lichte von Karbidlaternen, die nach Bedarf ab-

geblendet werden; des ferneren in den frühen Morgen- und späten Abendstunden, in den letzteren am allerliebsten, weil ihm die hereinbrechende Dunkelheit das unbemerkte Fortschaffen des Wildes erleichtert (vgl. Eichler: »Altes und Neues vom Wildern«, St. Hubertus, Jahrg. 32, S. 4). Nur selten schleicht er im Revier umher; fast immer sucht er sich in der Nähe der — ihm ja stets bekannten — Wildwechsel einen Ansitz, möglichst an Waldrändern und sonstigen Stellen, die ihm einen guten Überblick gewähren (vgl. Siegmund: »Auf Wilderers Fährte«, Wild und Hund, Jahrg. 21, S. 285). Oft läßt er sich von Genossen das Wild »zudrücken«. Daß Wilddiebe mit geschwärzten Gesichtern oder maskiert erscheinen, ist keine Fabel, kommt vielmehr oft genug vor.

Wo Fahrwege das Revier durchziehen, schießt er von einem unverdächtigen Fuhrwerk, im Winter vom Schlitten aus (vgl. Eichler a. a. O.), wenn er zur »Elite« gehört, wohl auch vom Automobil. Dabei hat er auch gleich die beste Gelegenheit zum Fortschaffen des Wildes. Der gewöhnliche Wilddieb verwendet hierzu besonders gern einen Kinderwagen, in dem sich ein Reh bequem unterbringen läßt; über das Wild wird selbstverständlich Leseholz oder sonst etwas Harmloses gebreitet; manche stecken das Wild auch in die Kissenbezüge (St. Hubertus, Jahrg. 31, S. 364).

Am bequemsten haben es die Bewohner von einsamen Gehöften. Sie streuen im Winter, wenn sich das Wild, von Hunger getrieben, den menschlichen Behausungen nähert, unauffällig Futter, erlegen es vom Fenster aus[17]) oder gehen ihm mit Selbstschüssen und Schlingen zu Leibe (vgl. eingehend Jagenteufel: »Winterarbeit und Lumpengesindel im Gebirgsrevier«, St. Hubertus, Jahrg. 28, S. 783).

Tagsüber schlendert der Spaziergänger mit der Stockflinte umher. In einsamen und wenig beaufsichtigten Revieren wird freilich auch offen am hellen Tage gewildert. Ortsansässige Wilddiebe lassen den Förster durch Frauen und Kinder beobachten, wie sie auch mit seinem Gesinde oft Fühlung haben. Wird berichtet, daß er zu Terminen oder Geschäften gefahren ist, so kann die Jagd beginnen. Manchmal allerdings werden diese Detektivs schmählich hinter das Licht geführt, und die in weiter Ferne geglaubten Jagdschutzbeamten erscheinen plötzlich zu sehr ungelegener Zeit.

Überhaupt suchen sich seit undenklichen Zeiten Jäger und Wilddiebe in Listen und Gegenlisten zu überbieten, und das Unglaublichste an Kniffen und Schlichen wird auf beiden Seiten ausgesonnen. Der Erfolg steht sehr schwankend bald auf der einen und bald auf der anderen Seite.

Kommt es endlich zum Zusammentreffen, so ist gerade der Wildschütze sehr selten geneigt, sich gutwillig zu ergeben. Der Jurist glaubt vielfach noch an die Möglichkeit eines dreimaligen Anrufes; er ver-

---

[17]) Im St. Hubertus, Jahrg. 32, S. 109 wird von einem Wilddieb berichtet, der das Wild vor ein kleines Fenster lockte und stets durch die — täglich neu eingesetzte — Fensterscheibe schoß, so daß der Knall draußen nicht gehört werden konnte.



suche ihn in der Praxis. Wahrscheinlich bleibt ihm schon die Hälfte des ersten für immer im Halse stecken. Stets schußbereit ist der Wilddieb, beim ersten verdächtigen Geräusch fährt er in Deckung, und schon knallt es. Als erste Regel wird dem Anfänger daher eingeprägt, den Wilddieb unter allen Umständen nur aus gedeckter Stellung anzurufen; leider finden sich immer wieder übereifrige Anfänger, die es für überflüssig halten; fast immer haben sie es zu bereuen (vgl. St. Hubertus, Jahrg. 27, Nr. 36).

Die bereits erwähnte Instruktion vom 17. April 1837 verbot dem Jagdschutzbeamten das Schießen auf fliehende Wilddiebe. Selbstverständlich befolgte dieser stets die schon im vorigen Abschnitte erwähnte Taktik, sich im Laufen schußfertig zu machen, plötzlich in Deckung zu springen und den nachlaufenden Beamten niederzuschießen. Diese Fälle häuften sich derart, daß ein Erlaß des Ministers für Landwirtschaft vom 14. Juli 1897 die Instruktion in die heute geltende Fassung abänderte: »Legt ein auf der Flucht befindlicher Frevler nach erfolgter Aufforderung die Schußwaffe nicht sofort ab, oder nimmt er dieselbe wieder auf, und ist außerdem nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles in dem Nichtablegen oder Wiederaufnehmen der Schußwaffe eine gegenwärtige drohende Gefahr für Leib oder Leben des Forst- oder Jagdbeamten zu erblicken, so ist letzterer auch gegen den Fliehenden zum Gebrauche seiner Waffe berechtigt.« (Näheres siehe bei Dalcke-Delius S. 110.)

Siegmund (a. a. O. S. 285) warnt dringend davor, in den Morgen- und Abendstunden an den Waldrändern entlang zu streifen, da man dann fast immer dem auf Anstand sitzenden Wilddiebe vor die Flinte laufe. Der Beamte soll sich vielmehr seinerseits an verdächtigen Stellen so früh wie möglich ansetzen und lieber den Wilddieb einige Male verpassen, als seinen Standort wechseln.

Dombrowski (S. 94) rät, wenn mehrere Wilddiebe zu sehen sind, sie nur anzurufen, wenn man sie in einer Richtung hat. Übrigens geht der Wildschütze selten allein; der unerfahrene Jagdschutzbeamte bekommt das sehr oft zu spüren. Er sieht einen Wilddieb sich offen bewegen, etwa erlegtes Wild tragen oder dergleichen. Wutentbrannt tritt er ihm mit schußfertiger Waffe entgegen oder nimmt ihn auch gleich beim Kragen. Fast immer steckt mindestens noch ein Genosse mit schußfertiger Waffe in der Nähe und knallt den Unvorsichtigen von der Seite nieder. Es ist geradezu unglaublich, wieviel blühende Menschenleben schon auf diese Weise ihr Leben lassen mußten, und immer wieder finden sich übereifrige Anfänger, die auf diesen uralten Wilddiebskniff hineinfallen.

Der erfahrene Jagdschutzbeamte hütet sich in solchen Fällen vor voreiligem Einschreiten und beschränkt sich zunächst auf sorgfältiges Beobachten. Dieses letztere ist überhaupt vielfach vorzuziehen, nicht nur, weil man den stets zweifelhaften Kampf vermeidet, sondern auch, weil es bei Geschick und Ausdauer nicht selten gelingt, die Schlupfwinkel aufzuspüren, die Komplizen, Kundschafter und vor allem den Hehler zu ermitteln. Obzwar nicht zum Thema gehörig, soll hier doch darauf

hingewiesen werden, daß die Überführung eines Hehlers wirksamer ist als die Festnahme von zwanzig Wilddieben. Denn nur selten haben die letzteren am Wilde Interesse, wenn sie keine Gelegenheit haben, es zu Geld zu machen. Verraten wird der Hehler von dem Wilderer fast nie; dafür unterstützt er ihn und seine Angehörigen — besonders während der Strafzeit (vgl. Wilddiebe und Hehler, St. Hubertus, Jahrg. 30, S. 417).

Hinsichtlich des Transportes von Wilddieben gilt das auf S. 235 Gesagte. Hier braucht der Beamte freilich nicht so viel Rücksichten zu nehmen, dafür ist aber im dunklen Walde und auf unwegsamen Pfaden bedeutend mehr Gelegenheit zu einem plötzlichen Überfall. Dombrowski (S. 95) rät, Umwege nicht zu scheuen, um Stellen, die einen Überfall erleichtern, zu vermeiden. Im übrigen empfehlen die Praktiker einstimmig, die Pistole oder den Revolver stets schußfertig zu halten. Unersetzliche Dienste leistet ein auf den Mann dressierter Hund.

Polizeibeamte werden meist mit Jagdschutzbeamten zusammenarbeiten. Wenn sie nicht revierkundig sind, werden sie auch allein nicht viel ausrichten können. Es wird ihnen kaum gelingen, auch nur die Richtung eines Schusses zu bestimmen oder im Mondlichte schimmernde Büchsenläufe zu erkennen; viel eher schon werden sie einen knorrigen Weidenstamm mit einem schußbereiten Wilddieb verwechseln. Die Führung muß daher schon immer dem Jagdschutzbeamten überlassen bleiben. Daß der Polizeibeamte nicht mit blanken Knöpfen und funkelnder Helmspitze in das Revier ziehen darf, ist selbstverständlich.

Das Vorgehen des Kriminalbeamten wird sich nach den örtlichen Verhältnissen wie nach dem einzelnen Falle richten. Je nach Lage der Sache wird er als Sommergast, Tourist oder Künstler, als Viehhändler, Hausierer, Knecht, Kesselflicker oder Landstreicher auftreten, das letztere namentlich mit Vorteil bei Beobachtungen. Vor längerer Zeit brachte eine Zeitung die Schilderung eines Privatdetektivs, der eine gefährliche Wildererbande als Pilze suchendes Bauernweib verkleidet aufspürte. Oft wird er versuchen müssen, in verdächtigen Gehöften, Mühlen oder Schenken Stellung zu finden. Geschickte Ausnutzung des Dorfklatsches hat schon manchen Wilddieb, Brandstifter oder Mörder ermittelt; das Geschwätz eines alten Weibes kann wertvolle Fingerzeige geben, nicht weniger gehörig begossene Sitzungen im Dorfkruge. Freilich kann derartige Recherchen kein »Stadtfrack« machen, sondern nur jemand, der mit Landleuten umzugehen versteht, insbesondere den Dialekt beherrscht.

Soviel über die Wildschützen. Minder gefährlich als sie, aber manchmal auch nicht zu verachten sind Holz-, Feld- und Geflügeldiebe. Auch sie sind nicht selten bewaffnet, und wiederholt schon hatten Gendarmen Feuergefechte mit ihnen zu bestehen.

V. Kriminalpolizeiliches.

Im Laufe eines Ermittelungsverfahrens auftretende waffentechnische Fragen wird der Kriminalist regelmäßig mit Hilfe der Sachverständigen, nötigenfalls unter Mitwirkung der S. 220 genannten Versuchsanstalten

lösen, und je mehr praktische Kenntnisse er selbst hat, um so besser wird sich die Verständigung gestalten. Auch der Polizeibeamte wird bei Recherchen kaum besondere Schwierigkeiten haben. Für Durchsuchungen nach verborgenen Waffen, die bereits im vorigen Abschnitte erwähnt wurden, geben die kriminalistischen Lehrbücher von Hans Groß, Brincken-Paulini und Weingart ausführliche Anweisungen. Zweierlei gehört zu einer erfolgreichen Durchsuchung. Zunächst, daß gründlich gesucht wird, mag es auch noch so viel Zeit kosten. Der Kriminalist leuchtet die dunkelsten Winkel ab, durchwühlt das Erdreich, prüft Dielen und Polster, klopft Mauern ab und klettert auf Dächer — und immer neue Verstecke sinnt der erfinderische Verbrechergeist aus. Hohle Möbel, Betten, Uhren, Blumentöpfe, Vogelbauer, Schaukelpferde, Geflügelnester, wohl kein Ding gibt es, das nicht als Versteck dienen könnte. Sodann aber ist gerade bei Schußwaffen Sachkenntnis nötig. Die Flinte, die Patronen oder sonst jedem bekannte Utensilien sind häufig beiseite geschafft; wohl aber liegen noch im Werkzeugkasten, in Truhen und Schränken, im Keller oder Holzstall unscheinbare Zubehörteile, die dem Gerichtschemiker genügendes Material zur völligen Überführung liefern können — wenn sie gefunden werden. Wer von den Lesern weiß aber, wie ein Pistonschlüssel, eine Rändelmaschine, ein Teerblättchen oder ein Schlußdeckel aussieht, wer kennt vollends, wo noch Vorderlader in Frage kommen, einen Schußzieher, eine Kugelform, Gußzapfen oder Pflaster? [18]) Jedem, der nicht sachkundig ist, kann daher nur geraten werden, zu derartigen Durchsuchungen einen Büchsenmacher, im Notfalle wenigstens einen Jäger hinzuzuziehen.

Aber manchmal wird der Kriminalist — besonders der Amtsrichter in entlegenen Bezirken — vor Aufgaben gestellt, die er ganz allein lösen muß, und bei denen seine Maßnahmen unabsehbare Folgen nach sich ziehen können. Es sind dies die Lokalbesichtigungen im ersten Angriff.

Wohl wird der Sicherheitsbeamte stets gemäß § 157 der StPO. schleunigst Anzeige erstatten, der Richter nach Möglichkeit Ärzte und sonstige Sachkundige zur Leichenschau an den Tatort rufen (§ 87 StPO.). Aber wer die Praxis kennt, weiß, daß es auf dem Lande nicht immer möglich ist, den Tatort wirklich unverändert zu erhalten, und daß häufig auch sofortige Maßnahmen geboten sind. Treffend sagt Hans Groß

---

[18]) Der Pistonschlüssel dient zum Herausschrauben der Pistons, durch die bei Zentralfeuergewehren mit Hahn der Schlagstift geht, während bei Vorderladern das Zündhütchen auf ihnen sitzt. Mittels der Rändelmaschine werden die Ränder der geladenen Schrotpatrone über dem Schlußdeckel umgelegt; das Teerblättchen liegt zwischen Pulver und Kugel oder Pfropfen. Der Schußzieher ähnelt einem Korkenzieher und wird zum Gebrauch an den Ladestock geschraubt. Die Kugelform sieht einer Zange ähnlich; wird die gegossene Kugel aus ihr entfernt, so hängt der Gußzapfen daran, der nachträglich abgeschnitten wird. Das Pflaster endlich ist ein gefettetes Leinwandfleckchen von der Größe eines Groschens bis einer Mark, mit ihm wird die Kugel vor dem Einstoßen in den Lauf umwickelt. Das Muster von grobem Gewebe wird in dem Blei deutlich abgedrückt (vgl. Kockel, Festschrift, S. 59).



(Erforschung des Sachverhalts, S. 121): »Eine Verhaftung, eine Verfolgung, eine Hausdurchsuchung, irgendeine Sicherheitsvorkehrung kann eine Strafsache in die richtige Bahn bringen, wenn rasch gehandelt wird; die ganze Untersuchung kann verdorben sein, wenn im Anfange gezögert oder ein Fehlgriff gemacht wird.« Mit der einfachen Absperrung des Tatortes, die die Sachverständigen als die einzig zulässige Maßnahme des Richters und Sicherheitsbeamten ansehen (vgl. besonders drastisch Loock: »Chemie und Photographie bei Kriminalforschungen«, Düsseldorf, S. 5), ist es doch nicht immer getan.

Bereits an früherer Stelle wurde der Fall Hennig erwähnt (S. 227), bei dem der Ermordete anstandslos als Selbstmörder beerdigt wurde; viel später erst tauchte der Verdacht eines Verbrechens auf. Er steht keineswegs vereinzelt da; jedes Lehrbuch der gerichtlichen Medizin berichtet von gleichen Vorkommnissen, und gerade Selbstmord durch Erschießen ist am leichtesten zu fingieren. Groß (Handbuch Bd. II, S. 890) behauptet, daß bei Erschossenen auch Selbstmord durch Erhängen oder Überfahren von Eisenbahnzügen vorgetäuscht werde. In allen derartigen Fällen wird aus der Selbstmordanzeige ein Aktenstoß von unzähligen Haupt- und Sonderbänden, alles dreht sich um die Wahrnehmungen des Beamten bei der ersten Lokalbesichtigung; hat dieser die Möglichkeit eines Verbrechens nicht genügend berücksichtigt, so wird sein Vorgehen immer einer wenig angenehmen Kritik unterzogen.

Die kriminalistischen Lehrbücher geben zahlreiche Ratschläge. Das Wichtigste sei hier erwähnt.

Die Lage der Leiche kann dem Sachverständigen, insbesondere dem Arzte, Anhaltspunkte dafür bieten, ob Selbstmord, Unglücksfall, Fahrlässigkeit, Notwehr, Affekthandlung oder überlegter Mord vorliegt. Kann sie daher nicht bis zu seiner Ankunft unverändert erhalten werden, so ist sie wenigstens durch Zeichnung oder genaue Beschreibung, noch besser durch Photographie [19]) festzuhalten. Sorgfältig ist danach zu forschen, ob sie nicht schon von unberufener Seite verändert ist.

Dasselbe gilt von der Lage der Schußwaffe. Scheint sie beispielsweise der rechten Hand entglitten zu sein, und ist der Tote ein Linkshänder, so ist die Sachlage schon verdächtig. Wird sie fest umklammert gehalten, so deutet dies nach durchgängiger Meinung auf Selbstmord (vgl. Gottschalk, Grundriß der gerichtlichen Medizin, Leipzig 1909, S. 139; Leers: Schußwirkungen von Nah- und Fernschüssen am menschlichen Körper, »Polizei«, Jahrg. 10, 1913, S. 155). Bei Fehlen der Schußwaffe ist auch an eine Entwendung durch Vorübergehende zu denken (Handbuch, Bd. II, S. 891). Muß man ihre Lage unbedingt verändern, z. B.

---

[19]) Vgl. die schon erwähnten Werke von Niceforo-Lindenau, Brincken-Paulini sowie Pauls Handbuch der kriminalistischen Photographie. Kurze Anleitungen für Richter und Sicherheitsbeamte geben meine Aufsätze: »Die Photographie von Fußspuren«, Groß' Archiv, Bd. 16, S. 73; »Die Photographie im Dienste der Polizei«, Polizei, Jahrg. 9, 1912, S. 87 ff.; »Die Photographie im Dienste des Jagdschutzes«, Die Jagd, Jahrg. 3, 1907, S. 744 ff.



um die Herkunft festzustellen, so empfiehlt es sich, vorher ihre Umrisse auf dem Boden zu markieren[20]). Jedes Probieren an dem Mechanismus ist selbstverständlich unbedingt zu vermeiden. Erwähnt sei übrigens, daß nicht nur der Mörder Selbstmord, sondern auch der Selbstmörder Mord fingieren kann, etwa um eine Versicherungssumme für seine Angehörigen zu retten. (Beispiele bei Groß, Handbuch, Bd. II, S. 883.)

Vor Besichtigung der Leiche selbst sollte, wenn irgend möglich, die nähere und weitere Umgebung abgesucht werden. Der Standort des Täters, die Spuren eines Kampfes, der Weg, den der Betroffene etwa genommen hat oder etwa entlang geschleift ist, alles ist von größter Bedeutung, nicht minder selbstverständlich jede Fußspur.

Häufig finden sich abgeschossene Patronenhülsen, Schußpfropfen oder Kugelpflaster. Die Bedeutung des Pfropfens ist uns ja allen aus Kriminalromanen bekannt; aber wo Vorderlader verwendet werden, kommt es auch in Wirklichkeit vor, daß er aus bedrucktem Papier besteht und die passenden Teile bei dem Verdächtigen gefunden werden[21]). Das Suchen nach derartigen Gegenständen im hohen Grase oder dichten Laube ist freilich mühsam und zeitraubend, lohnt sich aber sehr oft. Schließlich sind auch die Spuren von fehlgegangenen Schüssen — des Täters oder des Überfallenen — von Bedeutung. Bei Schrotschüssen läßt sich manchmal der »Streukegel« genau bestimmen, und aus dem Umstande, inwieweit das Opfer in seiner Mitte gestanden hat, auf Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Unglücksfall schließen. Auf Steinen markieren sich Schrotkörner als pfenniggroße blaue Male (vgl. Zeitler: »Der Jagdschutzbeamte als Kriminalist«, Die Jagd, Jahrg. 2, S. 488). Ein sehr geübtes Auge gehört dazu, getroffene Baumrinde, durchschossene Blätter, abgeschossene Zweige oder Halme zu finden; dem Jäger wird es noch am ehesten gelingen.

An der Leiche selbst gibt noch die getroffene Kleidung mancherlei Aufschlüsse; beispielsweise deckt sich bei Tötung durch fremde Hand das Loch mit der Wunde, während es beim Selbstmörder infolge des Hebens des Armes seitwärts liegt (Niceforo-Lindenau S. 252). Pulverschwärzung gestattet einen Schluß auf die Entfernung; es kann der Chemiker durch mikroskopische Untersuchungen helfen. Auch bei offenbarem Selbstmorde kann eine Aufbewahrung der getroffenen Kleidungsstücke daher nie schaden. Endlich ist auf die Pulverschwärzung der Hand zu achten. Findet sie sich bei einem linkshändigen Selbstmörder an der rechten Hand, so ist die Sache schon zweifelhaft.

Was die Wunden anbelangt, so ist ihre Beurteilung selbstverständlich Sache des Gerichtsarztes. Mag der Befund in den Augen des Laien

---

20) Ein zweckmäßiges Verfahren habe ich in meiner Abhandlung »Ein Hilfsmittel für Geländedurchsuchungen«, Deutsche Strafrechtszeitung, Jahrg. 2, 1915, S. 436 beschrieben.

21) Eine gute Schilderung aus der Praxis gibt beispielsweise »Das Kalenderblatt«, St. Hubertus, Jahrg. 31, S. 783. [Ein solcher Fall mit dem abgerissenen Kalenderblatt, dessen Zugehörigkeit zu dem Kalender des Verdächtigen sofort festgestellt wurde, spielte sich Ende der sechziger Jahre in meiner Heimat, im Bezirk Offenburg ab. Der Verdächtige hat sofort ein Geständnis abgelegt — Kohler.]



noch so zweifelsfrei sein, der Gerichtsarzt kommt oft zu ganz anderen Ergebnissen. Schon der Sitz der Verletzungen verleitet oft zu Trugschlüssen hinsichtlich der Frage, ob Tötung durch eigene oder fremde Hand vorliegt; beispielsweise wäre es durchaus falsch, bei einem Schuß in den Hinterkopf Selbstmord ausschließen zu wollen[22]). Noch mehr gilt dies von den Wunden selbst, die der Laie überhaupt nie berühren sollte. Zwecks Orientierung für vorläufige Besichtigungen sei erwähnt, daß das Geschoß den Körper oder Körperteil manchmal durchschlägt; und daß dann außer dem »Einschuß« noch ein »Ausschuß« vorhanden ist. Der letztere ist bei Fernschüssen[23]) meist größer als der Einschuß, nach Hofmann-Kolisko, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 9. Aufl., Berlin 1903 (S. 309) ist er am größten bei Militärgewehren (also auch bei den modernen Repetierpürschbüchsen). Nach Gottschalk (Grundriß der gerichtlichen Medizin, Leipzig 1909) S. 100 hat die Eingangsöffnung den Charakter einer gequetschten, die Austrittsöffnung den einer gerissenen Wunde. Der Einschuß ist bei Nahschüssen vollkommen rund oder unregelmäßig sternförmig eingerissen. Nach Hofmann-Kolisko S. 294 findet sich die letztere Form bei Pistolen und Gewehren häufiger als bei Revolvern. Die Öffnung ist, da die Pulvergase wirken, größer als das Geschoß. Bei Fernschüssen ist sie dagegen fast immer kleiner, bei Spitzkugeln oft schlitzförmig, so daß sie mit Stichwunden verwechselt werden kann (Hofmann-Kolisko S. 299). Schrotschüsse streuen erst auf einige Entfernung, verursachen daher, aus unmittelbarer Nähe abgefeuert, eine Wunde.

Ist ein Schuß auf nahe Entfernung abgegeben, so ist die Umgebung der Wunde bzw. die Kleidung mit abwischbarem Pulverschmauch bedeckt, auch sind häufig halb verbrannte Pulverkörner fest in die Haut eingesprengt (Hofmann-Kolisko S. 296; Gottschalk S. 96). Nach Hofmann tritt beides bei großen Revolvern bis auf 1 m, bei kleinen bis auf 40 cm ein. Groß (Handbuch, Bd. I, S. 618) meint, daß bei Gewehren infolge der vollständigeren Verbrennung des Pulvers die Entfernung auch nicht größer sein könne. Auf 10—15 cm kann ferner die Pulverflamme Haare und Kleider versengen.

---

[22]) Sehr lehrreich für den Kriminalisten in dieser Beziehung ist die Abhandlung Rehbergs »Über Selbstmord durch Erschießen mit abnormer Einschußöffnung und die Entscheidung, ob Mord oder Selbstmord vorliegt«. Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin, 3. Folge, Bd. 39, 2, S. 1 f. Rehberg kommt auf Grund eingehender Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß »Selbstmord durch Erschießen an jeder Stelle des Schädels möglich und schon beobachtet ist«, und daß daher bei jedem abnormen Einschuß die Möglichkeit des Selbstmordes ins Auge gefaßt werden muß (S. 21).

[23]) Unter »Nahschuß« im Gegensatz zum »Fernschuß« stellte man sich früher »eine Entfernung vor, aus der der Schuß auf die eigene Person abgegeben werden konnte«. Heute versteht man unter »Nahschuß« »den Schuß aus einer Entfernung, aus der noch Ladungsbestandteile bzw. deren Umwandlungsprodukte charakteristische Veränderungen in dem getroffenen Gewebe erzeugen« (Julius Holch, Versuche zur Kenntnis des Nahschusses mit der 7,65 mm Browningpistole, Dissertation, Berlin 1913, S. 1).

Vorstehendes bezieht sich auf Schwarzpulver. Bei rauchlosem fehlt die Wirkung der Pulverflamme, der Schmauchbelag besteht in einem dünnen grauen Schleim, manchmal tritt graugrüne oder weißgelbe Färbung auf (Gottschalk, S. 97). Holch hat, wie er in seiner S. 250, N. 23, erwähnten Dissertation ausführt, bei der 7,65 mm-Browningpistole bis auf 15 cm abwaschbare Rauchflecken, bis auf 20 cm Einsprengungen, bis auf 25 cm lose aufliegende Pulverblättchen beobachtet (S. 27 f.). Flobertwaffen erzeugen auf eine Entfernung bis etwa 20 cm eine matte Schwärzung mit einem glänzenden, aus feinsten Quecksilberkügelchen bestehenden Spiegel (Doepner, S. 378).

Eine für den Gerichtsarzt sehr wichtige Erscheinung ist der »Brandsaum« oder »Vertrocknungshof« (vgl. P. Fraenckel »Zur Erklärung des sogenannten Brandsaumes«, Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin, 3. Folge, Bd. 43, 2, S. 1 f., sowie den für Nichtmediziner bestimmten Aufsatz von Leers »Schußwirkungen am menschlichen Körper«, Polizei, Jahrg. 10, S. 152). Er bildet »eine braungelbe lederartige Vertrocknung der Haut, um die Einschußöffnung konzentrisch oder exzentrisch angeordnet« (also ringförmig oder oval) »je nachdem der Schuß gerade oder schräg aufgetroffen hat« (Leers, S. 152). Früher hielt man ihn für eine Wirkung der Pulverflamme, nach Fraenckel (S. 4) wird er »wesentlich durch den Druck des Gas- bzw. Pulverkegels« bedingt und findet sich daher auch bei rauchlosem Pulver. Er tritt stets erst nach einiger Zeit auf und bildet, wenn vorhanden, ein charakteristisches Merkmal für Nahschuß. Von ihm zu unterscheiden ist der »Kontusionsring«, eine schmale dunkle Zone, die »durch die Quetschung der Haut an dem eindringenden Geschoß und das Abstreifen des an ihm haftenden Pulverschleims« entsteht (Leers a. a. O.) und sich daher auch bei Fernschüssen findet.

Wie man sieht, gibt es für den Gerichtsarzt zahlreiche Anhaltspunkte, die Schußentfernungen zu bestimmen. Weiteres Material liefert ihm die mikroskopische Untersuchung der getroffenen Haut, die Untersuchung des »Schußkanals« usw., so daß er namentlich bei Nahschüssen recht genaue Ergebnisse erzielen kann. Bei Fernschüssen ist es schon schwieriger; hier müssen unter Umständen noch Waffentechniker und Versuchsanstalten helfen. Kann man ihnen die betreffende Waffe und der benutzten Ladung entsprechende Munition zur Verfügung stellen, so lassen sich wohl meist befriedigende Ergebnisse erzielen. Die Versuchsanstalt Berlin-Halensee macht in einem Aufsatze »Gerichtliche Gutachten« (Kugel und Schrot, Jahrg. 21, 1916, S. 1) darauf aufmerksam, daß die Schießsachverständigen nach Möglichkeit zur ersten Lokalbesichtigung hinzugezogen werden müßten.

Die häufigste Frage, die an den Sachverständigen gestellt wird, ist die, ob eine in der Leiche gefundene Kugel aus der Waffe des Verdächtigen abgeschossen ist. So leicht sie oft schon für den Laien zu verneinen ist, so schwer ist ihre positive Beantwortung. Bei den heutigen fabrikmäßig hergestellten Waffen können die auf dem Geschosse eingepreßten Züge hinsichtlich Anzahl, Breite, Tiefe und Drall (so heißt die schraubenförmige Windung) noch so genau mit dem verdächtigen

Laufe übereinstimmen, trotzdem kann immer noch eine Waffe aus der gleichen Fabrik benutzt sein. Nur dann gelingt ein sicherer Nachweis, wenn die Züge — wie es bei billigen Waffen oft der Fall ist — fehlerhaft geschnitten sind oder infolge starker Abnutzung schadhafte Stellen aufweisen.

Selbstverständlich läßt sich dies durch bloßes Hineinsehen in den Lauf nicht feststellen. Der Sachverständige gibt daher Probeschüsse ab, bei denen die Kugeln in Kleie aufgefangen werden, er gießt den Lauf mit Schwefel aus (vgl. Gerichtl. Gutachten der Versuchsanstalt Halensee, S. 4), oder er treibt Bleikörper in den Lauf. Kockel, der das letztere Verfahren anwendet, rollt die Körper wie die Geschosse auf weißen Wachsplatten auf und photographiert diese oder von ihnen hergestellte Gipsabgüsse bei seitlicher Beleuchtung; auf den nötigenfalls vergrößerten Bildern treten die feinsten Merkmale, Unterschiede wie Übereinstimmungen zutage (vgl. die Festschrift, S. 55).

Übrigens leistet die Photographie bei Schußwaffenuntersuchungen auch sonst vielfach nützliche Dienste. Nur einige Beispiele: Bei Hinterladern zeigt das Zündhütchen einer abgeschossenen Patronenhülse den Eindruck des Schlagstiftes oder -Bolzens. Die mehrfach vergrößerte Photographie läßt häufig erkennen, ob der Schlagstift einer bestimmten Waffe den Eindruck verursacht hat[24]). Bei Vorderladern gibt die photographische Vergrößerung einer gepflasterten Kugel das eingepreßte Gewebemuster wieder; auf den Resten eines Schußpfropfens fördert sie Schriftzüge, gedruckte Buchstaben und sonstige Merkmale zutage.

Bei diesen Untersuchungen muß oft schon der Chemiker helfen, dem im übrigen die Schußwaffenuntersuchungen gleichfalls ein weites Arbeitsfeld öffnen. Aus Pulverrückständen kann er bestimmen, wann aus einer Waffe zum letzten Male geschossen wurde; das Metall eines Geschosses kann charakteristische Bestandteile und Beimischungen aufweisen; kurzum, die unscheinbarsten am Tatorte oder bei Verdächtigen gefundenen Dinge können in seiner Hand wichtiges Material liefern.

Um nun wieder auf den Kriminalisten zurückzukommen, so interessieren diesen sehr oft durchschossene Fensterscheiben. Auf dem Lande wird nicht selten in die Fenster geschossen; namentlich geben Wilddiebe bei mißliebigen Förstern gern derartige Visitenkarten ab. Die Scheiben geben mancherlei Aufschlüsse. Nach Groß (Handbuch, Bd. I, S. 610) zertrümmern schwache Schüsse oder solche aus großer Entfernung die Scheibe ohne bestimmt umrissene Öffnung, ebenso aus unmittelbarer Nähe abgefeuerte Schüsse infolge der Wirkung der Pulvergase (im letzteren Falle meist Pulverschmauch an der Scheibe). Scharfe Schüsse auf mittlere Entfernung machen runde Löcher ohne Sprung; bei weiterer Entfernung oder schwächerer Ladung entsteht ein Loch, von sternförmig zusammenlaufenden Sprüngen umgeben. Auf der Austrittsseite sind stets von der Scheibe muschelige Druckstellen abgerissen. Sind sie ungleichmäßig verteilt, so hat der Schütze seitwärts gestanden,

---

[24]) Vgl. die Abbildungen bei Jeserich, Auf den Spuren des Verbrechens. Berliner Illustrierte Zeitung, Jahrg. 12, Nr. 19.

und zwar auf der Seite, wo die wenigsten Splitter abgerissen sind. Ist dies also unten der Fall, so hat er von unten nach oben geschossen.

Zum Schlusse noch ein Wort über die auf allen Handfeuerwaffen befindlichen Beschuß- und Untersuchungsstempel. Im Notfalle kann sie jeder Büchsenmacher und jede Versuchsanstalt erklären, aber beiläufig sollte auch der Jurist und Sicherheitsbeamte über sie orientiert sein. In Frage kommt das Reichsgesetz vom 19. Mai 1891, betr. die Prüfung der Läufe und Verschlüsse von Handfeuerwaffen (RGBl. S. 109, Guttentagsche Sammlung Bd. 9, S. 103). Die Ausführungsbestimmungen sind enthalten

in der Bekanntmachung des Bundesrats vom 22. Juni 1892 (RGBl. S. 674), und in der Bekanntmachung vom 23. Juli 1893 (RGBl. S. 227).

Ferner sind in Gemäßheit des § 6 Abs. 2 des Gesetzes verschiedene ausländische Prüfungszeichen als den inländischen gleichwertig anerkannt worden, nämlich

die belgischen durch Bekanntmachung vom 26. April 1899 (RGBl. S. 275) und Bekanntmachung vom 1. Februar 1894 (Zentralbl. f. d. Deutsche Reich, S. 20),

die französischen durch Bekanntmachung vom 15. Juli 1904 (RGBl. S. 309),

die englischen durch Bekanntmachung vom 30. Juni 1894 (Zentralblatt f. d. Deutsche Reich, S. 350).

Hinsichtlich der österreichischen sind die Verhandlungen noch nicht abgeschlossen.

Die einzelnen Prüfungszeichen sind in den vorerwähnten Bekanntmachungen abgebildet. Sie sind sehr zahlreich, und für den Laien ist es nicht leicht, sich zurechtzufinden. Eine kurze Zusammenstellung gibt K. Sernow (Reichsgesetzliche Bestimmungen, betr. die Prüfung der Läufe und Verschlüsse der Handfeuerwaffen, Magdeburg 1899). Die wichtigsten sind ferner in Otto Maretschs: »Moderne Jagdwaffen« (vgl. S. 220) und in Oberländers »Lehrprinz« (vgl. S. 238) zusammengestellt. Hier kann ich sie nicht alle abbilden, am wenigsten die manchmal sehr komplizierten Zusammenstellungen, muß mich vielmehr auf die wichtigsten beschränken. Zu sehen sind sie bei Revolvern und Pistolen auf Lauf und Gehäuse bzw. auch auf der Walze, bei Jagdgewehren auf der Unterseite der Läufe unter dem Patronenlager, also nur bei auseinandergenommenen Waffen (vgl. Abb. 4, Fig. 2 auf S. 240).

Es bedeutet: eine Krone (Form wie in Abb. 7, Fig. 1) allein den Beschußstempel; eine Krone mit einem darunterstehenden U (Abb. 7, Fig. 1) den Untersuchungsstempel bei einmaliger Beschußprobe (bei Revolvern und Terzerolen), ein Adler (Abb. 7, Fig. 3) die erste Probe bei zweimaligem Beschuß (Jagdgewehre); Adler und $\frac{\text{Krone}}{\text{U}}$ die Endprobe.

Ferner bedeutet

$\frac{\text{Krone}}{\text{B}}$ = Beschußstempel bei einmaliger Probe auf Antrag;

$\frac{\text{Krone}}{\text{R}}$ = erneute Prüfung;

$\frac{\text{Krone}}{\text{S}}$ = Prüfungszeichen für zylindrische Schrotläufe (Abb. 7, Fig. 2) wird neben dem Adler, Fig. 3, eingeschlagen;

$\frac{\text{Krone}}{\text{W}}$ = Schrotläufe mit Würgebohrung;

$\frac{\text{Krone}}{\text{S u. W, ineinander verschlungen}}$ = gezogene Würgebohrung;

$\frac{\text{Krone}}{\text{G}}$ = Läufe für Einzelgeschoß (Büchse);

$\frac{\text{Krone}}{\text{E}}$ = Läufe für besonders starke Ladung (Expreßbüchsenläufe);

$\frac{\text{Krone}}{\text{V}}$ = Vorratszeichen (für vor Inkrafttreten des Gesetzes hergestellte Läufe);

$\frac{\text{Krone}}{\text{N}}$ = rauchloser Beschuß.

Abb. 7.

Bei Schrotläufen bedeutet eine Zahl in einem Kreise das Kaliber [25]). Weitere Zahlen und Buchstaben bezeichnen Gebrauchsladung, Pulver- und Geschoßart und Menge, beispielsweise $\frac{\text{2 g N. G. P. M/71}}{\text{6 g Bl.}}$ oder $\frac{\text{2,67 g G. B. P.}}{\text{St. M. G.}}$

Belgische Geschoßzeichen sind: Abb. 7, Fig. 4 vorläufige, Fig. 5 endgültige Probe; Fig. 6 der sogenannte Perron; Fig. 7 gezogene Läufe (Rayé gezogen); Fig. 8 rauchloser Beschuß.

Französische Prüfungszeichen sind: Fig. 9 und 10 Zeichen der Probierbank St. Etienne, Fig. 11 und 12 Zeichen der Probierbank Paris.

[25]) Die Kaliber der Schrotflinten werden noch heute nach der Zahl der Rundkugeln berechnet, die in der entsprechenden Größe auf ein Pfund kämen: Kaliber 12 ist also größer als Kaliber 16 oder 20. Die Kugelkaliber zählen dagegen nach Millimetern.

Die wichtigsten englischen Prüfungszeichen sind: Fig. 13 und 14 Londoner Zeichen, Fig. 15 Birminghamer Zeichen.

Ein weiteres Zeichen von Birmingham besteht in zwei gekreuzten Szeptern mit einer Krone darüber.

Österreichische Prüfungszeichen endlich sind in Fig. 16—19 dargestellt, und zwar 16, 18, 19 von der Prüfungsanstalt Ferlach; Fig. 18 zeigt rauchlosen Beschuß.

Für die Anstalten Prag, Weipert und Wien tritt in Fig. 16 und 18 statt des F ein P, ein W (Fig. 17) oder ein V, in Fig. 19 eine 2, 3 oder 4.

Sonstige Beschußzeichen, beispielsweise die Budapester, sind bei Maretsch, S. 2 ff. abgebildet.

VI. Straf- und Verwaltungsrechtliches.

In früheren Jahren zeigten die Schaufenster der meisten Waffenhandlungen Plakate mit der Inschrift: »Das Waffentragen ist in Deutschland jedermann erlaubt«. Die Revolverseuche bereitete diesem idealen Zustande ein Ende und rief überall teilweise recht einschneidende Beschränkungen des Waffentragens und Waffenverkaufs ins Leben.

Wenn man die einschlägigen Vorschriften betrachtet, so ist zunächst ein Blick auf die Reichsgesetzgebung zu werfen. Schon das StGB. wendet sich gegen einzelne besonders bedenkliche Erscheinungen: im § 367, Ziff. 9 bedroht es das Feilhalten oder Führen von in Stöcken oder Röhren verborgenen Schußwaffen zuwider einem gesetzlichen Verbote, im § 360, Ziff. 2 das heimliche Aufsammeln von Waffen außerhalb eines Gewerbebetriebes, im § 367, Ziff. 8 verbietet es das Schießen mit Feuergewehren oder anderen Schießwerkzeugen ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten, im § 368, Ziff. 7 das Schießen mit Feuergewehren in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen. Ferner sieht es bei verschiedenen strafbaren Handlungen das Mitführen bzw. den Gebrauch von Waffen als Strafschärfungsgrund an. Das erstere im § 123, Abs. 3 beim Hausfriedensbruch, im § 243, Ziff. 5 beim Diebstahl, im § 250, Ziff. 1 beim Raube, im § 362, Abs. 2 beim Betteln; das letztere im § 117, Abs. 2 beim Widerstand gegen Forstbeamte unter Drohung mit Schießgewehr, im § 223 a bei der Körperverletzung und im § 367, Ziff. 10 bei der Schlägerei. Zu erwähnen ist auch § 56, Ziff. 8 der GO., der in Verbindung mit § 148, Ziff. 7 a den Ankauf und das Feilbieten von Schußwaffen im Umherziehen verbietet.

Anläßlich der Revolverseuche wurde verschiedentlich der Ruf nach weiteren reichsgesetzlichen Beschränkungen des Schußwaffentragens laut; 1912 soll auch bereits ein diesbezüglicher Gesetzentwurf vorbereitet worden sein (vgl. Koffka, Gesetzliche Beschränkungen des Waffentragens und Waffenhandels, Deutsche Jur.-Ztg., Jahrg. 18, S. 1233). Eine endgültige reichsgesetzliche Regelung ist jedoch bisher nicht erfolgt.

Was die Landesgesetzgebung anbelangt, so ist eine einheitliche Regelung beispielsweise in Bayern getroffen. Dort verbietet das PStGB.

und die Allerhöchste Verordnung vom 19. November 1887 das Tragen jeglicher Waffen folgenden Klassen von Personen: Bettlern und Landstreichern, Zigeunern uud nach Zigeunerart umherziehenden Personen, Personen unter 18 Jahren, Lehrlingen, bei Eisenbahnarbeiten beschäftigten Arbeitern, ledigen Dienstboten, Tagelöhnern, Gewerbegehilfen, Fabrikarbeitern, in der Hausindustrie beschäftigten Personen und endlich im Brote des Familienhauptes stehenden ledigen Haussöhnen (Koffka, a. a. O. S. 1234).

In Preußen sind bisher lediglich die einzelnen Regierungsbezirke vorgegangen und haben teils das Waffentragen, teils den Waffenverkauf durch Verordnungen eingeschränkt. Die Rechtsgültigkeit derartiger Verordnungen wurde früher vielfach angezweifelt; die Rechtsprechung der höchsten Gerichte hat sie indessen wiederholt bejaht. Erwähnt sei hier nur die Reichsgerichtsentscheidung vom 19. Februar 1903 (Polizei, Jahrg. 1, S. 129), die Kammergerichtsentscheidung vom 5. Oktober 1903 (Polizei, Jahrg. 1, S. 6) und die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 14. April 1904 (Polizei, Jahrg. 2, S. 276; Jahrg. 3, S. 422; Arch. f. Strafrecht, Bd. 51, S. 372).

Was die Verordnungen selbst anbelangt, so kann ich hier selbstverständlich nicht sämtliche anführen. Als Beispiel möge nur die für den Landespolizeibezirk Berlin erlassene Verordnung, betr. das Führen von kleinen Handfeuerwaffen vom 24. September 1910 dienen. Sie ist in der Polizei, Jahrg. 7, S. 266 abgedruckt; die wesentlichsten Bestimmungen sind:

§ 1. Kleine Handfeuerwaffen (Revolver, Pistolen) dürfen auf öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen, in Läden, Schanklokalen und an sonstigen öffentlichen Orten nur von Personen geführt werden, denen hierzu polizeilich ein Waffenschein erteilt ist, und die diesen Waffenschein bei sich tragen.

§ 2. Des Waffenscheins bedürfen nicht:

1. Personen, die kraft ihres Amtes Waffen zu führen berechtigt sind;
2. Personen, die sich im Besitze eines noch gültigen Jagdscheines befinden und diesen bei sich tragen.

§ 4. Der Waffenschein darf nur zuverlässigen Personen ausgestellt werden; auch diesen kann die Ausstellung mangels Bedürfnisses versagt werden.

§ 5. Der Waffenschein wird widerruflich erteilt; wird er widerrufen, so ist er binnen 24 Stunden der Behörde, die ihn ausgestellt hat, zurückzugeben. Bei erwiesener Unzuverlässigkeit ist die Ortspolizeibehörde des jeweiligen Aufenthaltsortes zur vorläufigen Abnahme des Waffenscheins berechtigt.

Bezüglich des besonders bedeutsamen § 4 hat sich das OVG. in den Entscheidungen vom 27. März 1913 (Polizei, Jahrg. 10, S. 401) und vom 5. November 1914 (Polizei, Jahrg. 11, S. 428) dahin ausgesprochen: »Hinsichtlich der Frage der Zuverlässigkeit und der Versagung mangels Bedürfnisses unterliegt die Anwendung dieses Ermessens der Nachprüfung des Verwaltungsrichters nur dahin, ob die äußersten Grenzen des Ermessens überschritten sind und die Versagung auf Schikane oder

Willkür beruht. Im übrigen steht eine Nachprüfung des Grades des Ermessens dem Verwaltungsrichter nicht zu.«

Bemerkt sei noch, daß als Handfeuerwaffen auch die sogenannten Scheintodpistolen anzusehen sind, welche keine Geschosse, sondern nur betäubende Gase enthalten. Ebenso fallen sämtliche Schießwerkzeuge darunter, die nur zur Abgabe von Schreckschüssen bestimmt sind, wie Knallkork- oder Radfahrerpistolen (Reichsgerichtsentscheidung vom 2. Februar 1912, Polizei, Jahrg. 9, S. 70).

Wo die Revolverseuche bereits bedrohlich um sich gegriffen hatte, erwiesen sich bloße Beschränkungen des Waffentragens nicht als ausreichend; es wurde daher verschiedentlich auch der Waffenverkauf Einschränkungen unterworfen (vgl. Augustin, Waffentragen und Waffenhandel, Polizei, Jahrg. 10, S. 551). In Plauen i. V. gestattet beispielsweise eine Verordnung den Verkauf von Waffen nur an Personen, »die über 21 Jahre alt sind, und von denen überdies ein mißbräuchliches Gebaren mit den erworbenen Gegenständen nicht zu erwarten steht« (Polizei, Jahrg. 3, S. 89). Die meisten Verordnungen gestatten den Waffenverkauf nur an den Inhaber eines Waffenscheins, schreiben wohl auch dem Händler zum Teil die Führung eines besonderen Verkaufsbuches vor. Auch derartige Verordnungen sind rechtsgültig (Kammergerichtsentscheidung vom 12. April 1906, Polizei, Jahrg. 3, S. 273, und vom 31. März 1913, Polizei, Jahrg. 10, S. 38).

Viele lassen sich Waffen von außerhalb schicken. Dabei kann es vorkommen, daß der Waffenverkauf am Absendungsort erlaubt, am Bestimmungsort verboten ist, oder umkehrt. Nach einer Kammergerichtsentscheidung vom 5. Dezember 1912 (Polizei, Jahrg. 9, S. 433) ist lediglich der Bestimmungsort maßgebend. Ist an ihm der Waffenverkauf verboten, so ist der Händler strafbar, anderenfalls nicht.

Die förmliche Einziehung von verbotswidrig geführten Waffen ist nicht zulässig, da diese nur Waffen betrifft, die entgegen den Bestimmungen des StGB. geführt werden. Ob Polizeiverordnungen die Einziehung der ohne Waffenschein geführten Waffen vorschreiben können, erscheint mindestens fraglich. Nach den Bestimmungen der StPO. ist eine Beschlagnahme daher nur zulässig, soweit die Waffen als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sind. Indessen können ohne Erlaubnis getragene Waffen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit polizeilich so lange einbehalten werden, bis eine Gewähr gegen weiteres unerlaubtes Tragen gegeben ist (Polizei, Jahrg. 11, S. 487).

Nach Eintritt des Kriegszustandes sind von den militärischen Oberbefehlshabern überall gemäß § 9b des Gesetzes über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 Verordnungen erlassen worden, die sowohl den Verkauf von Waffen an Zivilpersonen, wie auch das Tragen durch solche verbieten. Die Veröffentlichung derartiger Verordnungen ist an keine Formvorschriften gebunden (RGE. vom 19. April 1915, Polizei, Jahrg. 12, S. 70, und vom 31. Mai 1915, Polizei, Jahrg. 12, S. 128). Fahrlässige Unkenntnis schützt nicht (RGE. vom 13. Juli 1915, Polizei, Jahrg. 12, S. 187). Auch das Tragen ungeladener Waffen fällt, wie eine

RGE. vom 2. November 1915 (Polizei, Jahrg. 12, S. 369) betont, unter derartige Verbote; werden jedoch Waffen nur transportiert, etwa zum Büchsenmacher, so ist dieses noch nicht ohne weiteres als verbotenes Waffentragen anzusehen (RGE. vom 5. Oktober 1915, Polizei, Jahrg. 12, S. 407). Die Verbote gelten sämtlich auch für Durchreisende (RGE. vom 13. Juli 1915, Polizei, Jahrg. 12, S. 187).

Für Berlin und die Provinz Brandenburg ist die entsprechende Verordnung am 31. August 1914 ergangen. Zu erwähnen ist, daß sie den Waffenverkauf ausnahmsweise an Inhaber von Jagdscheinen gestattet (Polizei, Jahrg. 11, S. 457).

Zum Schlusse sei noch auf eine RGE. vom 17. September 1915 (Polizei, Jahrg. 12, S. 307) hingewiesen, nach der bei Jagdvergehen und unerlaubtem Waffentragen gemäß § 9b des Belagerungszustandsgesetzes mehrere strafbare Handlungen als vorliegend anzunehmen sind.

Zum Übersiebnen der schädlichen Leute.

3. Beitrag. Abwehr gegen Prof. Ernst Mayer.

Von Dr. Hermann Knapp, Kgl. Reichs-Archivrat in München.

Professor Ernst Mayer hat in seinem jüngsten großzügigen Werk »Geschwornengericht und Inquisitionsprozeß« die Frage nach der Herkunft und dem Charakter der schädlichen Leute des MA. abermals eingehend gewürdigt. Wie verdienstvoll auch die Forschung des verehrten Meisters zu erachten ist, so klingt sie doch wenig überzeugend, und auch ich vermag daher dem Ergebnis keineswegs beizupflichten, d. h. von dem durch mich bisher verfochtenen Standpunkt abzuweichen.

Bekanntlich habe ich in verschiedenen Ausführungen unter Vorlage zahlreicher Quellenbelege die Anschauung Zallingers, welcher in dem schädlichen Mann lediglich den Gewohnheitsverbrecher sieht und erklärt, daß das in Süddeutschland übliche Übersagen mit sieben nur für jene eingeführt worden sei, nachdrücklichst bekämpft[1]). Und sicher mit Erfolg, da fast die gesamte Kritik und Lehre meiner Theorie die Zustimmung nicht versagte. Nach jener sind die schädlichen Leute Missetäter an sich und das Übersiebnen selbst als ordentliches Verfahren gegen diese in Kraft getreten, wobei ich keineswegs bestritt, daß es in erster Linie gegen Diebe und Räuber ins Leben gerufen wurde und diese als die verwegensten Rechtsfeinde mit besonderer Rücksichtslosigkeit niedergeworfen worden sind.

Nun erhebt Mayer, alle meine Beweisgründe mißachtend, Zallingers Theorie von neuem auf den Schild. Wohl gibt er in einer Anmerkung

---

[1]) S. Zallinger, Das Verfahren gegen die schädlichen Leute; mein Nürnberger Kriminalrecht, Einleitung; Zenten des Hochstifts Würzburg, 2, 464ff., Übersiebnen der schädlichen Leute in Süddeutschland; Archiv für Strafrecht, Bd. 60, 353ff. und Bd. 62, 297ff.; K. O. Müller, Tübinger Studien, Bd. 2, H. 3, 22f.



zu, daß zu Ende des 13. Jahrhunderts ein vagerer Sprachgebrauch, der unter den schädlichen Leuten alle Kriminalverbrecher versteht, beginnt und ich dies, aber auch nur dieses, bewiesen hätte [2]). Aber nicht genug, daß er für die frühere Zeit den schädlichen Mann ausnahmslos mit dem Räuber und Gewohnheitsverbrecher identifiziert, sucht er auch in Hinsicht auf das spätere Mittelalter meine Feststellungen vielfach zu entkräften. Mit besonderer Fürsorge nimmt er hierbei das bairische Recht und den alten Zankapfel, d. h. die von mir entdeckte Nürnberger HGO. von ca. 1294, unter die kritische Sonde [3]).

Und so bleibt mir denn nichts übrig, als unter Einflechtung verschiedener neuer Belege meine Stellung zu jener Frage nochmals und, wie ich hoffe, endgültig zu bekunden. Der von jeher in den Anschauungen über das mittelalterliche Strafverfahren herrschende Wirrwarr hatte mit Zallinger seinen Höhepunkt erstiegen, da jener skrupellos jede ihm geeignet dünkende Stelle ohne Rücksicht auf den Zusammenhang mit den übrigen Satzungen aus Gesetzen und Ordnungen herausriß und seinen Zwecken dienlich machte, ja es fertig brachte, sein jedem Gerechtigkeitssinn hohnsprechendes Leumundsverfahren bis zur Carolina gelten zu lassen. Schien es mir geglückt, jenes Wirrsal gesichtet und geklärt zu haben, sehen wir die Forschung durch Mayer, der noch dazu manche Stelle offensichtlich mißdeutet, wieder auf das tote Geleise gebracht. Denn während ich den Schlüssel zu einem einheitlichen System für die süddeutschen Lande gefunden, sucht Mayer dieses zwar zu durchbrechen, ohne aber hierfür eine befriedigendere Lösung des Problems zu erzielen. Indem er z. B. für Baiern noch um Mitte des 14. Jahrhunderts die Handhafte als unentbehrliches Rüstzeug für die Überwindung im gewöhnlichen Prozeß erklärt und die Satzung des Münchner Stadtrechts, welche zweifellos auf die allgemeine Geltung des Übersiebnens hinweist, willkürlich streicht, nimmt er dieses wie die sonstigen, den schädlichen Leuten gewidmeten Bestimmungen für die Gewohnheitsverbrecher Zallingers in Beschlag [4]), so daß der nicht handhafte »ordentliche« Verbrecher sehen kann, wie er Richter und Strang findet. Und dabei bedenkt Mayer nicht, daß bereits Ludwig der Baier überallhin Übersiebnungs- und Leumundsbriefe freigebigst spendete wie das Verfahren mit Handhafte als rückständig kennzeichnete, in Schwaben und Franken aber zu jener Zeit allerorten lustig übersiebnet wurde.

Um nun die gewiß sehr wertvolle Darlegung Mayers nach jener Richtung hin kurz zu würdigen, so führt derselbe zuerst aus, daß bei den Angelsachsen und Sachsen (Heliand) Diebe und Räuber, und zwar vornehmlich letztere, als schädliche Leute (sceada) bezeichnet wurden, dies jedoch auch als Epitheton für Ächter und Feinde galt. Man darf also den Kreis der dort von vornherein als schädlich qualifizierten Verbrecherarten keineswegs zu eng ziehen. Unter den Ächtern befinden sich Missetäter jeglicher Gattung, unter den Feinden Friedbrecher und Austreter [5]).

---

[2]) Mayer, 214, 83.
[3]) Mayer, 215ff.
[4]) Mayer, 19; s. hierüber später.
[5]) Mayer, 195ff.

Was nun die fränkischen Kapitularien anlangt, so interessieren uns hier die in ihnen häufig auftretenden malefactores, die ja auch Zallinger — freilich in seinem Sinn — den schädlichen Leuten gleichachtet. Prüft man die einschlägigen Stellen ohne Voreingenommenheit, so können sie nur die Eigenschaft gewöhnlicher Missetäter besitzen; wohl tritt der Räuber als der für Häscher und Richter Begehrenswerteste hervor, doch keine Stelle zwingt uns dazu, in dem malefactor einen Räuber zu vermuten. Im Gegenteil, er gleicht dem Missetäter an sich wie ein Ei dem andern[6]). So lesen wir z. B. de homicidis et ceteris malefactoribus, qui legibus et pro pace facienda morire debent; de latronibus et aliis malefactoribus; ut unus quisque presbyter inbreviat in sua parrochia omnes malefactores, videlicet raptores, rapaces, adulteros, incestos, homicidas, latrones[7]). Zählt Zallinger die adulteros, incestos und homicidas bekanntlich nicht zu seinen schädlichen Leuten, so sind jene malefactores keineswegs von vornherein als Gewohnheitsverbrecher zu betrachten, denn Totschläger, Ehebrecher und Blutschänder qualifizieren sich gewiß nicht als solche.

Im Kap. 7, d. h. in der bedeutsamen Decretio Childebert II., heißt es sodann: de furis et malefactoribus ita decrevimus observare, ut, si quinque aut septem bonae fidei homines criminosum cum sacramenti interpositione esse dixerint, sine lege moriatur[8]). Vergleichen wir nun diese malefactores mit den vorher genannten, so können wir in ihnen wieder nichts anderes als eben Übeltäter erblicken. Wenn es darauf heißt: si quis judex imprehensum latronem convictus relaxasse, vitam amittat, so ist eben die unbefugte Freilassung dieses gefährlichsten malefactor mit besonders hoher Strafe bedroht, während die der Diebe und sonstiger malefactores geringer geahndet wird. Keinesfalls ist hier malefactor gleichbedeutend mit latro, dies widerspräche schon den aus den andern Kapitularien angeführten Stellen. Nach Zallinger und Mayer ist hier, wie auch sonst, der malefactor Gewohnheitsverbrecher. Wo steht denn dies? Nein, jeder Dieb, Räuber und sonstiger Übeltäter wird hiernach übersagt.

Jene Satzung ist aber insofern von Wichtigkeit, als in ihr zum erstenmal die Übersiebnung von Missetätern geboten wird und sie vielleicht das Vorbild für die Landfrieden von 1281 und 1300 abgab, wo für fur et malefactor: Dieb und schädlicher Mann steht. In dem zwischen beiden erlassenen Nürnberger Halsgerichtsformular spaltet sich dann der schädliche Mensch in die fünf Arten: Dieb, Räuber, Brenner, Mörder, Fälscher[9]).

Es ist nun die Frage, wie kommt es denn, daß man in früherer Zeit gerade für Diebe und Räuber solch unerbittliches Ausnahmeverfahren, wie es Mayer so trefflich schildert, ins Leben rief, andere malefactores aber, die ebenso des Klägers und Richters ermangelten, für weniger gemeingefährlich erachtete? Ich glaube, das Rätsel löst sich ohne Schwierigkeit, wenn wir der Überzeugung Raum geben, daß der Begriff

---

[6]) Boretius, Capitularia, an Hand des Registers.

[7]) Cap. 1, 48, 16; 2, 75; 2, 292, 31. [8]) Cap. 1, 16, 26.

[9]) S. mein Nürnberger Kriminalverfahren 50ff. (Ztschr. f. d. ges. StrW., 12, 245ff.).

latro gewiß viel weiter zu fassen ist, als es bisher geschah, d. h. daß wir eben Strolche aller Art in diesen latrones zu sehen haben, zu denen sich Übeltäter der verschiedensten Gattung gesellten. Das Pflichtbewußtsein des Staates war damals noch nicht so weit entwickelt, jedem Missetäter, der des Klägers entbehrte, den Garaus zu machen; lediglich wenn sich ein solcher eines Diebstahls und Raubes schuldig machte, wurde er als gemeingefährlich jenen Maßnahmen unterworfen. Ich setze den Fall, ein offenkundiger Totschläger, an den sich kein Kläger heranwagt und also auch nicht geächtet ist, irrt in den Wäldern umher; man läßt ihn unbekümmert, bis er sich, und sei es auch nur aus Not, als Dieb und Räuber bekundet. Erst mit der Zeit gelangte der Grundsatz zum Sieg, daß jeder malefactor, der des Klägers ermangelt, sei er offiziell beschrien und geächtet oder nicht, gleich unerbittlich behandelt werden müsse.

So wird also auch die übergroße Fürsorge für Räuber und Diebe in den Kapitularien erklärlich. Ich halte aber daran fest, daß hiermit jeder derselben, nicht nur Gewohnheitsverbrecher, bedacht wurden, da eben keine Stelle für das Gegenteil spricht und solche Einseitigkeit zudem geradezu vernunftwidrig gewesen wäre. Mayer ist freilich durch Zallingers Theorie derart beeinflußt, daß er dessen Lieblinge in Satzungen der Kap. ohne weiteres hineingeheimnist. So ist es irreführend, wenn er sagt, daß bei der Rügung nur Räuber von Beruf anzuzeigen sind; kein Wort steht davon im Kapitular [10]).

Es ist nun hier nicht beabsichtigt, das Verfahren gegen die Räuber wie die, welche ihnen gleichgeachtet wurden und deren Kreis sich stetig erweiterte, an Hand der Ausführungen Mayers näher zu prüfen; denn für die Deutung des schädlichen Mannes bieten sie nur wenig Anhaltspunkte. Daß die verschiedenen Arten der Räuber, vom gewöhnlichen, berufenen bis zum rückfälligen und berufsmäßigen Räuber, nicht gleich streng behandelt wurden und namentlich gegen letztere Ordal und Folter in Anwendung traten, nimmt bei der großen Gemeingefährlichkeit und der Tatsache, daß gerade ihnen besonders schwer beizukommen war, nicht wunder.

Nicht auffällig scheint es, wenn daneben der ordentliche Prozeß bei Auftreten eines Privatklägers in ruhigeren Bahnen wandelte als das etwas summarische amtliche Ausnahmeverfahren. Auch die überaus anregenden Ausführungen über die stille und durchgehende Wahrheit dienen wenig für unseren Zweck, da eben Landfrage und Rüge in Oberdeutschland eine andere Entwicklung erfuhren. Jene mochte ihrem Vollzuge nach in Baiern, Augsburg und Regensburg ziemlich übereinstimmend verlaufen; die Rüge wurde in Franken auf alle möglichen Reate erstreckt, in Baiern jedoch unter Hinweis auf die daraus erwachsende Gehässigkeit auf große Dinge beschränkt [11]).

Daß die Inquisition, welche man erst nach heftigem Widerstreben

---

[10]) Mayer, 200; die Untertanen wurden verpflichtet, jeden latro anzuzeigen.

[11]) Quellen und Erörterungen, 6, 125, oberbair. LR. (Freyberg, Ges. hist. Schr., Bd. 4), Art. 266.



gegen Einheimische einführen mochte, zuerst vornehmlich bei Strolchen aller Art und hierbei insbesondere gegen mittellose und fremde Verdächtigte in Anwendung trat, ist wohl begreiflich; galt ja doch der Arme noch lange als malus und der Fremde, für den nicht besondere Gönner einstanden, als hostis [12]). Schließlich ist ja auch im Westen das neue Verfahren zum allgemeinen Kriminalprozeß erhoben worden. Den Infamis und Übelbeleumundeten übrigens mit dem schädlichen Mann zu identifizieren, dafür besteht gewiß kein Grund; im Gegenteil scheiden spätere Privilegien den Schädlichen, da er eben meist den wirklichen Täter bedeutet, streng von dem Verleumdeten.

Kurz, trotz der Fülle des Wissens, das Mayer hier verrät, für die Deutung des Charakters des schädlichen Mannes bringt er keinerlei neuen Beweisstoff, noch weniger Gründe, die zur Rettung der Zallingerschen Behauptungen dienen könnten. Die Vermutung, welche Mayer an das »schädlich« (sceada) bei den Angelsachsen und Sachsen knüpft, abgesehen davon, daß auch dort ein nicht kleiner Kreis von Verbrechern damit gekennzeichnet worden sein mochte, kann doch nicht in weit späterer Zeit für den deutschen Süden maßgebend sein; hier war das Wort schädlich ebenso bodenständig und bezeichnete eben von vornherein alles, was Schaden gestiftet und stiften kann. Wie sich in den Kapitularien der latro keineswegs mit dem malefactor deckt, so entspricht im Gegensatz hierzu diesem der Schädliche der späteren Landfrieden durchaus. Aber auch mit dem Übersiebnen hat das Ausnahmeverfahren Mayers, das zudem ganz andern Beweisfaktoren, und zwar vornehmlich dem Reinigungseid, Ordal und Folter huldigt, keine analogen Züge. Ob ersteres überhaupt, wie ich ja selbst annehme, aus dem Kap. Childeberts hervorging, ist keineswegs sicher; sehr leicht ist es, da sich der Landfriede von 1281 als eine Gesetzestat K. Rudolfs darstellt und das Übersiebnen bereits 1221 in Wien, und zwar auch bei Totschlag, üblich war [13]), denkbar, daß wir hierbei bei der Ostmark zu Haupte gingen.

Doch nun seien zur abermaligen Charakterisierung des schädlichen Mannes, wie er uns aus den Quellen des deutschen Südens entgegentritt, unter Einflechtung neuer Belege die bisherigen Beweisgründe, soweit sie vor der Kritik Mayers nicht Gnade fanden, nochmals eingehend beleuchtet!

Vor allem möchte ich hier der Schädlichkündigung, welche Zallinger völlig mißverstanden hat, gedenken [14]). 1256 heißt es, daß diejenigen, welche zu schädlichen Leuten gesagt werden, am ersten Tag mit ihren Bürgen kommen sollen; bleiben sie aus, so werden sie geächtet und gebannt. Es handelt sich hier zweifellos um Übeltäter aller Art, seien sie nun wegen einer Übeltat oder als berufsmäßige Verbrecher verdächtigt. Nach dem Landfrieden soll jeder, der einer

[12]) Malus homo dicitur, qui pauperior (L. Sal. 58) est et facultates non habet, possessores contra boni homines dicuntur, Cap. 1, 10, 24; ‚hostis' apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus, Cic. off. 1, 37.

[13]) Mein Übersiebnen.

[14]) Zallinger, 38 ff., Übersiebnen 8 ff.; durchaus meiner Ansicht ist auch Coulin, Die Wüstung in Ztschr. f. vergleich. RW., 32, 489, Anm. 777.

schädlichen Sache oder großen Dings bezichtigt ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein Privatkläger gegen ihn in die Schranken tritt oder nicht, dingfest gemacht, sein Gut beschlagnahmt und eventuell Bürgen von ihm genommen werden [15]). Der Richter ist in solchem Fall, also auch bei Totschlag, unbedingt zum Einschreiten verpflichtet. Man hält den Beschuldigten dann so lange fest, bis ein Kläger auftritt oder das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist oder im Gegenteil jener »embristet«, bzw. sich der Schuld »entredet«. Diesfalls hat er sein Recht, d. h. seine Schuldlosigkeit vor Gericht auszuführen; daß er dies auch befolgt, dafür hat er Bürgen zu stellen. So heißt es 1281: »swelich bezigen man bezzern (d. h. seine Lage ändern will) und ouf reht hin für sten wil, der sol daz dem rihtaer verpürgen« [16]). Riskiert er freilich dabei, daß ihm noch ein Kläger den Eid verlegt, so erringt er andernfalls bei dessen Gelingen die Lossprechung und den Schutz des Gerichts.

Gehen wir nun zu der hiermit korrespondierenden Ulmer Bestimmung über [17]), so werden hier die zu schädlichen Leuten Gesagten vor den Rat berufen. Verantworten sie sich nicht, so soll man sie in das Achtbuch schreiben, und man richtet dann bei ihrer Ergreifung ohne weiteres Urteil über sie wie über übersagte schädliche Leute. Sofern also der Berufene nicht erscheint, wird er in contumaciam verurteilt.

Wer sich jedoch rechtfertigen will, der muß dies selbdritt vornehmen, wobei es aber durchaus von des Rates Willen abhängt, ob er des »Selbscholen und seiner Gestanden« (d. h. des Beschuldigten und seiner Beiständer, Helfer) Eid überhaupt gestatten will oder nicht. Jener riskiert also bei seiner Stellung eventuell Zurückweisung und Festnahme durch den Rat. »Selbschol« deutet unbedingt auf eine spezielle Schuld hin, und die Maßnahme dient daher lediglich als Mittel, Inzichter, d. h. wegen eines bestimmten Delikts Bezichtigte, zu zwingen, Farbe zu bekennen. Die Vorladung erfolgt hier nicht, wie z. B. in Regensburg am Tag der allgemeinen Razzia mit vielen andern [18]), sondern womöglich für jeden allein, d. h. sofort nach Ruchbarwerden des Verdachts. Es handelt sich dabei, da ja Ausbleibende geächtet und gerichtet werden sollen, stets um eine schwere Bezichtigung und nicht allein um Diebstahl und Raub. Abgesehen davon, daß es wenig Zweck gehabt hätte, jene Maßnahme auf diese Delikte zu beschränken, steht bezüglich Ulms fest, daß dort der schädliche Mann auch sonst mit dem Übeltäter und Missetäter durchaus identisch ist [19]). Es wird demgemäß jeder Verleumdete zitiert und ihm bei Begründung des Verdachts der Garaus gemacht oder er wenigstens aus den Toren geworfen.

Des nämlichen Charakters erfreuen sich nun die schädlichen Leute, welche der Mainzer Hofrichter gemäß Landfrieden von 1235 neben den Geächteten in sein Register eintragen läßt [20]). Wir sehen in ihnen lediglich Inzichter vor uns, denn sie vermögen sich ja noch der Schuld

[15]) Quellen und Erörterungen, 5, 143 (1256, 15) und 340 (1281, 4 und 5).
[16]) Quellen und Erörterungen, 5, 342 (1281, 15).
[17]) Ulmer Urkundenbuch, 2, 303.
[18]) Mein Alt-Regensburger Gerichtsverf. usw., 99ff., Übersiebnen, 76ff.
[19]) Übersiebnen, 36ff. [20]) MG. LL. 2, 317ff.; Zallinger, 39.

zu »entreden«, in welch günstigem Fall der Schreiber ihre Namen abschreiben und abstreichen soll. Daß hierbei nicht Gemeinschädlichkeit an sich den Anlaß zur Einzeichnung bildet, sondern der Bezichtigung ein konkretes Verbrechen zugrunde liegt, räumt Zallinger ohne weiteres ein: »Jene müsse aber eine so schwerwiegende sein, daß dem Verdächtigten durch die Eintragung zugleich der Makel der Landschädlichkeit aufgeprägt wird, untilgbar, denn jener sei dadurch als berufs- und gewohnheitsmäßiger Verbrecher erklärt«[21]). Und dies alles, trotzdem sich der gegen ihn erhobene Verdacht (suspitio) als unbegründet erwies und der Name daher wieder aus der Liste getilgt ist! Ich habe schon in meinem Übersiebnen auf die Ungeheuerlichkeit dieser Schlußfolgerung hingewiesen: trotz der Tilgung des Namens soll der schuldlos Verdächtigte für immer als Ausgestoßener gelten[21a])! Und dies alles, um das mißverstandene terre nocivus zu erklären. Die Übersetzung lautet: »die ze schädlichen liuten dem lande geseit werden«, so daß also das nocivus wieder nichts anderes als den homo nocivus, d. h. eben schädlichen Mann bedeutet. Überträgt man jedoch trotzdem »dem Lande schädlich«, so verweise ich bezüglich dieses Ausdrucks auch auf die nachfolgende Erläuterung des Nürnberger Halsgerichtsformulars.

Ich denke mir die Sache so: Gemäß Privileg Karls IV. an Rothenburg (1347)[22]) sind dem Hofrichter die Namen der Geächteten des gesamten Reiches kundzugeben, »daz man si da beschreibe in die memorial des registers« und nicht eher wieder abschreibe, »sie sein danne vor von der aehte komen an der stat, do des ersten die aehte geschehen ist«. In der nämlichen Weise mochten also dem Hofrichter von den verschiedenen Städten und Gerichten jene schädlichen Leute, die als solche bei ihnen angeklagt oder angezeigt wurden, mitgeteilt worden sein. Gelang hierauf die Entredung oder wurde statt deren die Acht vermerkt, so wurde dies wieder vom Erstgericht dem Hofrichter gemeldet. Über die Art der Entredung ist weiter nichts berichtet; in Hinblick auf den Ausdruck Entredung kann aber nur der Reinigungseid mit oder ohne Helfer in Frage kommen. Von einem besonderen Verfahren, wie Zallinger und Mayer (123) annehmen, kann keine Rede sein. Und warum muß es sich dann durchaus wieder um Gewohnheitsverbrecher handeln? Ich setze den Fall, es sind mehrere einer großen Mordtat bezichtigt, ohne daß zur Einschreitung von Amts wegen genügende Anhaltspunkte vorliegen oder ein Kläger auftritt. Ja, ist denn der Eintrag derart Bezichtigter nicht ebenso möglich oder wichtig wie der von Dieben und Räubern? Nur eine Liste von Berufsverbrechern anzulegen, wie Zallinger meint, oder gar eine charta furum et latronum, wie etwa Mayer vermutet, damit hat sich der Hofrichter des großen Staufen also wohl kaum begnügt. Er mochte vor allem danach trachten, Reichsfeinde aller Art neben sonstigen namhaften Missetätern zu verewigen.

---

[21]) Zallinger, 46ff.
[21a]) Ja, wie kann dann der Hofrichter noch davon Gebrauch machen?
[22]) Übersiebnen, 13; da es »entredet« heißt, kann Ordal nicht in Frage kommen.

Noch habe ich auf die Landfrieden von 1179 und 1277 hingewiesen, wo die nocivi terrae et malefactores alle Arten von Übeltätern in sich begreifen[23]. In den speziell bairischen Landfrieden sehen wir die schädlichen Leute mit mali, malefactores, nocivi, dampnosi und proscripti übersetzt[24]. Es liegt im Charakter des Gesetzes begründet, daß ein Landfrieden fast nur »Betrüber« des Friedens ins Auge faßt, Missetäter anderer Art aber nur nebenbei streift; deshalb auch die imponierende Rolle, die in ihnen den Räubern zugedacht ist. So treffen wir in jenen als schädliche Leute vornehmlich die Friedbrecher bzw. die, welche sich dem Frieden zu unterwerfen und ihn zu beschwören weigern, aufgeführt[25], ferner herrenlose Knappen, Schützen und Knechte, von denen Gewalttaten mancher Art zu gewärtigen sind[26]. Sodann sind die schädlichen Leute in den zahlreichen Verboten des Hausens von solchen aufgeführt: Wer schädliche Leute behält, soll volles Recht für sie bieten, oder er wird selbst zum schädlichen Mann[27]; Herzog, Bischof oder Ritter sollen keine schädlichen Leute an sich nehmen mit Heirat oder durch Widersagen ihres Lehens oder ihrer Freiheit »daz si damit uber werden der gesetzten reht des gerihtes«[28]. Man soll einen Räuber oder (sonstigen) schädlichen Mann fahren lassen, wenn man »schedelicher tat« (d. h. die Spuren eines schweren Verbrechens) und Raubes an ihm inne wird[29]. Ich erinnere hier auch an eine Salzburger VO., wonach man keinen schädlichen Mann, der in der Acht »umb solich sach, di an den leib get oder umb ander grozze sache, wizzentlichen« heimen und ätzen soll[30]. Es ist ja selbstverständlich, daß man gewöhnliche Missetäter ebensowenig als Gewohnheitsverbrecher heimen soll. Das Gegenteil anzunehmen, wäre ebenso widersinnig, als zu vermuten, die Vorschrift, daß man schädliche Leute, die sich der Festnahme widersetzen, ungestraft töten darf, sei ebenfalls nur auf Gewohnheitsverbrecher gemünzt.

Außerdem sei bemerkt, daß der Räuber immer als solcher bezeichnet und, wiewohl er doch der vornehmste der schädlichen Leute, nicht mit denselben identifiziert wird. Ebenso der Brenner; im Lfr. liest man das Verbot des Hausens schädlicher Leute und darunter, von diesem getrennt, das des ersteren[31]. In Hinsicht auf die »domus nociva« ist die wegen Raubes angesprochene Burg (oder Haus) ausdrücklich von dem wegen eines speziellen Deliktes für schädlich erklärten Haus in einem Markt oder Dorf geschieden[32]. Auf den schädlichen Mann in den

---

[23]) Übersiebnen, 11, 14.

[24]) Vgl. z. B. Quellen und Erörterungen, 5, 80 (1244, 2) und 143 (1256, 14); 5, 86 und 144 usw.

[25]) Quellen und Erörterungen, 6, 424.

[26]) Quellen und Erörterungen, 5, 343, 316; Übersiebnen, 67.

[27]) Quellen und Erörterungen, 5, 80, 143, 341; Übersiebnen, 16.

[28]) Quellen und Erörterungen, 5, 144; 6, 117 (bescherm des gesatzten rechts).

[29]) Quellen und Erörterungen, 6, 97.

[30]) Übersiebnen, 15.

[31]) Quellen und Erörterungen, 6, 28, 29.

[32]) Quellen und Erörterungen, 5, 143, 144, s. mein Alt-Regensburgs Gerichtsverfahren, 94; meine Ausgabe des Rechtsbuchs Ruprechts v. Freising, 34, und Coulin a. a. O., 32, 326ff.

Übersiebnungssatzungen der Lfr. von 1281 und 1300 komme ich später zu sprechen. Histriones und Spielleute werden für rechtlos, doch nicht schädlich erklärt [83]). Ebensowenig sind die mehr oder weniger harmlosen Vagabunden als solche zu betrachten; ich erinnere an die zahllosen fahrenden Leute des späteren Mittelalters wie insbesondere das durch die Kirche so geförderte Bettlervolk. Aber selbst die wegen eines Deliktes der Stadt Verwiesenen gelten nur für schädlich, wenn sie trotzig in ihr verbleiben oder vor den Toren Gewalttat und Raub verüben [84]).

Fahnden wir im Schwsp. vergebens nach den schädlichen Leuten [85]), so ergibt sich die Stichhaltigkeit meiner Theorie als zweifellos bei einem Einblick in das Augsburger Stadtrecht von 1279. Dort heißt es nämlich: »ein jeglich vogt hat daz reht an der sturmgloggen, daz er die luten sol, so er rihten wil uber diebe, rauber, morder, uber den totslac unde alle schaedeliche lute«. Ferner haben das Kloster S. Ulrich wie die Herren vom Chor die Befugnis (insbesondere auch bei Totschlag und Wunden) schädliche Leute in ihr Asyl aufzunehmen. An Übersiebnungsfällen kennt dieses Stadtrecht: Totschlag, Diebstahl, Raub, Mordbrand und Vergiftung [86]).

Gemäß den Landfrieden von 1281 und 1300 nun sollen Diebe und schädliche Leute übersiebnet werden [87]). Wie erwähnt, haben wir als Vorbild für diese Satzung vielleicht das Kapitular Childebert II. zu betrachten. Der malefactor wie der schädliche Mann entsprechen ohne Zweifel dem Übeltäter an sich.

Besonders deutlich scheint dies aus dem Lindauer Privileg von 1321 hervorzugehen, wo es heißt, »daß sie halten die recht, die unser vorfahr k. Albrecht setzt zu Nürnberg, da nach dem landfried, der auch von unsern wegen (K. Ludwig) geschworen ist, also daß sy mugend mann oder weib, die in ihr gericht gefangen werdent« usw., übersiebnen. Ja, wie kann man denn, wie Zallinger, nur überhaupt darauf kommen, in diesem »mann oder weib« professionelle Räuber und sonstige Gewohnheitsverbrecher zu sehen? Hätte der Landfriede beabsichtigt, die Satzung nur für solche zu erlassen, so hätte er eben, da ja der schädliche Mann, wie z. B. in Augsburg, damals auch den Verbrecher an sich bedeutete, dies genauer verdeutlichen müssen. Der Baiernherzog war offenbar anderer Ansicht und ebenso das schwäbische Lindau, d. h. man übersiebnete eben dort wie zu Landshut »jegeleich schedeleich man und weib«.

Prüfen wir die sonstigen Übersiebnungsfälle der bairischen Landfrieden, so sind als solche noch aufgeführt: Notzucht, Heimsuchung, Entführung, Meineid, verdächtige Zeugen, Entwerung mit Gewalt [88]).

---

83) Quellen und Erörterungen, 5, 87; 6, 122. 84) S. mein Alt-Regensburg, 99 ff.

85) Hier ist viel von rechtlosen Leuten die Rede, nicht jedoch von schedlichen; an deren Stelle stehen Friedbrecher und Ächter; wer sie haust, dessen Burg (Haus) wird niedergebrochen. 86) Übersiebnen, 29 ff.

87) Quellen und Erörterungen, 5, 342; 6, 119.

88) Quellen und Erörterungen, 5, 85, 84, 86, 342; 6, 118.

Es nähme also nicht wunder, wenn bei den großen Dingen, die zum Tode ziehen, überhaupt übersiebnet worden wäre. Bei Diebstahl, Raub und Brand (1186) versteht sich dies von selbst. Bei Mord und Fälschung wie Totschlag (bei dem in der Regel die Handhafte vorliegt) ist nichts verzeichnet; wenn aber schon bei Notzucht, Heimsuchung und Meineid übersiebnet wurde, wäre es dann bei jenen undenkbar?

Sei dem wie ihm wolle: In der unmittelbar aus dem Landfrieden von 1281 hervorgegangenen Nürnberger HalsgerichtsO. von ca. 1294 wird der schädliche Mensch durch Dieb, Räuber, Brenner, Mörder und Fälscher repräsentiert[39]). Dabei stellt sich die Nürnberger O. unzweifelhaft als Formular für den ordentlichen Prozeß dar, und demgemäß kam das Übersiebnen nicht nur für Gewohnheitsverbrecher i. S. Zallingers zur Anwendung, sondern gegen jeden, der sich durch Diebstahl usw. als schädlicher Mann, d. h. Übeltäter, bekundet hat.

Wenn auch die von mir hierfür angeführten Beweisgründe von andern als durchaus überzeugend erachtet wurden, beharrt Mayer trotzdem auf Zallingers Ansicht, so daß mir nichts übrigbleibt, als am Schluß des Aufsatzes jene nochmals ins Treffen zu führen. Besonders wichtig für die Deutung derselben ist, daß die Bamberger Satzung von 1314 den nämlichen Charakter trägt. Nach dieser soll nämlich jeder, der nicht Stadt- und Burgerrecht besitzt und gefangen und gebunden ins Gericht gebracht wird, auf demselben Wege ins Jenseits befördert werden[40]). Als Arten von schädlichen Leuten sind im Gegensatz zu Nürnberg nur vier angeführt, d. h. es fehlt der Mörder; vielleicht sind aber diese lediglich als Beispiele zu betrachten.

Doch nun zu Baiern, bezüglich dessen ich seit meines Übersiebnens neue Quellen aufgedeckt habe. In der Zeit vor den Rechtsbüchern K. Ludwigs ist vornehmlich bei Immunitätsverleihungen an Klöster der sogenannten großen (in Österreich auch bösen) Dinge, die zum Tode gehen, ziehen oder gehören, gedacht. Als solche sind hervorgehoben: Diebstahl, Raub, Brand, Notzucht, Totschlag, Mord. Brand und Mord sind seltener erwähnt und wohl meist in Raub und Totschlag inbegriffen, Mord um so mehr, als er damals noch nicht so scharf von Totschlag geschieden ist (einmal frevelicher Mord). Später, so bereits zur Zeit der Rechtsbücher K. Ludwigs, zählen alle todeswürdigen Verbrechen hierzu. Bei Begabung mit der Immunität behält sich nämlich der Herzog in der Regel diese großen Dinge als sogenannte Viztumhändel zur Aburteilung durch seine Richter vor.

Um einige Beispiele anzuführen: D. und T. bei Niederalteich 1210, D. N. T. bei Ebersberg 1193, Schäftlarn 1277 (hier pogenblut), Rain 1332 (und deu ware hantgetat), D. M. N. Eggenfelden 1345, D. R. T. N. Aldersbach 1290[41]). Bei Diebstahl ist öfters bemerkt, daß er notorisch und groß sein, Tod oder Verstümmelung nach sich ziehen müsse[42]). Geringer

---

39) S. Anm. 12. 40) Zenten II, 465; Übersiebnen, 26f.

41) MB. 11, 181; 31, I, 445; 8, 534; Tom. priv. 27, 9; Eggenfelden, Urk., f. 43, Fürstenselekt, f. 75.

42) Beiharting, Fürstensel., f. 112 (1297).

Diebstahl verbleibt eben dem Vogte. Ferner D. R. aut tali aliquo maleficio, quod sententia sanguinum, Raitenhaslach 1258, vel simili maleficio, Aldersbach 1290, Ingolstadt 1312[43]); et alia criminalia, Gumppenberg 1310, was hals antrifft, Ensdorf 1314[44]). Sodann ganz verallgemeinert: begriffen mit solchen sachen, daz man mit dem tod; was den tod berührt; den leib antrifft, später alle Malefiz- und andern namhaften Händel[45]). 1497 will der Straubinger Rat dem Viztum seinem Stadtrecht gemäß nur T. N. D. zugestehen, dieser beansprucht aber alle todeswürdigen Sachen; die Stadt könne niemals über solche Rechtens gerichtet haben, da sie sich ja nicht des Blutbanns erfreute[46]).

Bei den Immunitätsprivilegien handelt es sich nun, was den Beschuldigten anlangt, stets um Untertanen des Klosters, nur für solche ist dieses zuständig. Der Beschuldigte ist dem herzoglichen Richter auszuliefern, wie er mit dem Gürtel umfangen ist, sein sonstiges Gut verbleibt dem Kloster. Häufig ist der Verbrecher nur Mann, reus, armer Mann genannt, ebenso aber auch schädlicher Mann.

So heißt es bei Raitenhaslach 1317: »umb alle sache, wan swaz hintz dem tode get, da sol der richter den schädlichen man (im lat. Privileg reus) nemen, wan als er mit dem gürtel umbfangen«[47]), ferner im Privileg für sämtliche Klöster Oberbayerns 1330: »an umb drei sache, die zum tot ziehen, D. N. T.; swer auch bezigen für einen schädlichen man, damit er den tot verdient ... als in die gürtel begriffen hat«. Sodann Zwiesel 1342 »auch des gericht, das an dem tod gehet, D. N. StraßR. Br., da soll er in dem gebiet uber richten und was der schädlich man, da er nach dem tod uber richtet, lät (hinterläßt), das soll dem abt gefallen«[48]), Werdenfels »wer angesessen mit aignem rauch, und ob er war ein schädlich man mit M. D. Keʒerei- oder welchen sachen er den leib verwirkt hat usw.«[49]). Der schädliche Mann ist also hier zweifellos mit dem gewöhnlichen Missetäter identisch.

Prüfen wir ferner die Gerichtsprivilegien für Hirschberg: 1316 »drei sache umb diube, notnunft, totslege. swo er mit worheit geinnert würde, an desselben dorfes rihter sol der lantrihter diselben schedelichen leut vodern u. auch der dorfrihter im diselb sch. l. antwurten u. der lantrihter uber iren leip rihten«[50]). Ferner 1320: N. M. T. MBr. D. R.; »darnach wer ainen sch. m. in der grafschaft fahet, daz er in in daz nächst gericht in der grafschaft gefüren mag«[51]), so ist der schädliche Mann gewiß nicht anders zu deuten.

Bevor ich noch weiter den Spuren des schädlichen Mannes in Baiern nachgehe, seien die einschlägigen Saʒungen des oberbair. LR. und Münchner StR. gewürdigt. Was vorerst die allgemeinen Bestimmungen über die schädlichen Leute anlangt (Gefangenhaltung, Freigabe bei er-

[43]) Fürstensel. Nr. 122, f. 75; Quellen und Erörterungen, 6, 205.
[44]) Tom. priv. 9, 36; Ludwigselekt Nr. 8.
[45]) Fürstensel., f. 178 (Raitenhaslach 1318), Mitterfels Urk., f. 51, Straubing, Lit. 114; Aichach Urk., f. 212 (Aichach 1561). [46]) Tom. priv. 1, 419.
[47]) Übersiebnen, 17. [48]) MB. 5, 478, 499; Zwiesel Urk., f. 5.
[49]) Grimm, Weist., 3, 657 ff. [50]) Übersiebnen, 18.
[51]) Müller, H. O., Das Landgericht Hirschberg, 336 ff.

wiesener Schuldlosigkeit (Entbresten), Verbürgung über den Schuldigen, Verbot der Taidigens seitens des Richters (Loskauf), so harmonieren sie durchaus mit solchen, welche sonst für die gewöhnlichen Missetäter erlassen sind[52]). Schon deshalb, weil es sich (wie bei den Immunitätsprivilegien häufig) um angesessene Leute handelt, deren Gut bei Richtung dem Herrn verbleibt oder, wenn es verpfändet, dem Berechtigten anheimfällt, können nicht schädliche Leute im Sinne Zallingers gemeint sein[53]).

Über den gefangenen schädlichen Mann verbürgt der Kläger (wie nach andern Rechten) mit 10 Pfd. und, wenn er die zum Rechten gebracht hat, die ihm des Rechten helfen wollen, so soll er bei Bruch an dem Rechten nichts schuldig sein, d. h. der Bürgschaftssumme nicht verlustig gehen. Ich glaube, nicht fehlzugreifen, wenn ich in denen, »die ihm des Rechten helfen wollen«, nichts anderes als die beim Übersiebnen der schädlichen Leute benötigten Eidhelfer vermute[54]). Und zwar aus folgenden Gründen: Es ist vor allem diesem Berechten des gefangenen schädlichen Mannes ausdrücklich dasjenige mit gegenwärtigem Diebstahl gegenübergestellt: »swer (aber) mit dem rechten fürchumpt mit deuf, der gegenwurtig ist«[55]). Wenn das Vorliegen der Handhafte bzw. des Schubs sowieso unbedingtes Erfordernis zum Siege ist, warum wird jenes dann in solcher Weise hervorgehoben und geradezu in Gegensatz zum gewöhnlichen Übersagen gebracht? Es muß also daneben noch ein Verfahren ohne Schub geben, d. h. es wird eben, wenn es an diesem fehlt, übersiebnet.

Ferner möchte ich auf Art. 72 StR. verweisen: »Wie man einen überwinden soll. swenn man ainen überwinden wil, daz sol man tuon alz von alter gewonhait recht ist gewesen.« Dieser Artikel erfreute sich im alten LR.-Entwurf der Überschrift: »umb schedlich leut«. Er blieb im LR. wohl als selbstverständlich weg, im StR. finden wir ihn jedoch wieder[56]). In diesem Überwinden sehe ich lediglich das Übersiebnen des schädlichen Mannes bzw. Missetäters: Ein eklatantes Beispiel aber hierfür ist das »Überwinden« des gefangenen Notzüchters mit sieben gemäß LR. und StR.[57]). Mayer legt keinen Wert hierauf, weil er den Art. 56 überhaupt völlig mißdeutet. Er behauptet, dem auf freiem Fuß befindlichen Täter stünde stets der Reinigungseid zu. Wenn irgendwo, sagt er, wäre es hier nahegelegen, die Überführung auch des ungefangenen Notzüchters mit Schreimannen zuzulassen[58]). Aber dies ist ja gerade der Fall! Wenn die Genotzüchtigte in der gemäß Art. 56 geforderten Verfassung (mit gebrochenem Leib, flatterndem Haar usw.) mit Schreileuten vor Gericht kommt, so vermag sie auch den noch nicht dingfest

[52]) LR., Art. 42, 44, 45, 46, 49, 50.

[53]) In LR. 44 und 49 heißt es: ain man, der mit dem rechten verderbt wirt. Ebenso deutet die Fassung des Art. 45 darauf hin, daß hier nur ein gewöhnlicher Verbrecher gemeint sein kann. Wie könnte auch bei einem solchen das Verfahren anders sein?

[54]) LR. 42.

[55]) LR. 37.

[56]) Rockinger, Abh. d. M. Ak., 3. Kl., 24. Bd., 3. Ab., S. 502.

[57]) LR. 56, StR. 188, 189.

[58]) Mayer, 19, Anm. 38.

gemachten Ehrenräuber ohne weiteres zu überweisen. Nur wenn es an jenem Erfordernis fehlt, kann ihre Klage durch den Eid des Geladenen zurückgewiesen werden; aber auch hier nur dann, wenn sich die Frau nicht zum Kampf entschließt. Falls sie nämlich gar keine Bestürzung über den Verlust ihrer Ehre direkt nach der Tat bekundet und sich nicht sofort bemüht, Zeugen dieses Kummers aufzubringen — und es ist ja jeder bei der Strafe, die auf der Tat selbst steht, verpflichtet, auf den Notschrei hin herbeizueilen —, so sieht man zu wenig Gewähr für die Stichhaltigkeit ihres Vorgehens und daher jene Vergünstigung für den Täter.

Daß aber diese Deutung die allein richtige ist, geht schon aus dem Gerichtsbrief für Hirschberg von 1320 hervor, wo es heißt: »ist daz ein frau die claget und sie (die Notzucht) fürbringt, als recht ist (d. h. wie es auch im Art. 56 gefordert wird) so sol man ir nach recht richten; mag sy aber nit fürbringen, als recht ist, so sol man seinen aid, sein läugen darfür nemen«[59]). Endlich finden wir ja im Augsburger StR. die nämliche Satzung; dort ist der Reinigungseid nur denkbar, wenn die Tat niemand »gehört und gesehen« hat. Wird jedoch der Verbrecher gefangen, so bedarf es jenes Gebarens der Frau, durch welches eben die Begehung der handhaften Tat gleichgestellt wird, nicht mehr; der Notzüchter wird einfach übersiebnet[60]).

Besonders wichtig scheint mir endlich der Umstand, daß sich LR. und StR., abgesehen vom obigen Fall wie dem Vorgehen gegen Dieb und Straßenräuber bei Vorliegen des Schubs, völlig über das Verfahren gegen den gefangenen, nicht handhaften Missetäter ausschweigen. Sehen wir in andern Rechten jener Zeit nach, so werden, wenn nicht weniger Helfer oder Zeugen ausreichen, Diebe, Räuber, Brenner übersiebnet, Mörder dem Schwsp. gemäß mit Zeugen überwiesen, nach dem Augsburger StR. mit drei Männern und Frauen. Warum im LR. dieser Mangel an Bestimmungen, die unbedingt nötig scheinen? Sollte es tatsächlich, wie Mayer annimmt, rückständiger sein als der Schwsp., aus dem es soviel geschöpft, oder das Augsburger, Regensburger, Freisinger Recht? Sollte ein Fürst, wie Ludwig der Baier, der so freigebig die Übersiebnungs- und Leumundsprivilegien an andere verteilte und dabei ausdrücklich darauf hinwies, daß das Verfahren mit Handhafte (da mit ihm täglicher Gebrest und Schaden verknüpft)[61]) nicht mehr zeitgemäß sei, in Hinsicht auf sein eigenes Land so wenig dem Fortschritt gehuldigt haben? Gewiß nicht: Aus diesem rätselvollen Schweigen geht eben mit Deutlichkeit hervor, daß das Überwinden mit denen, die dem Kläger des Rechten helfen wollen, d. h. das Übersiebnen nicht nur bei Notzucht, sondern bei allen großen Dingen im Gebiet des LR. bereits Gesetzeskraft erlangt hat. Und es wurde, wie in Nürnberg, durch den Landfrieden in ganz Altbaiern heimisch, besonderer Privilegien, wie z. B. in Schwaben, bedurfte es nicht. Wo steht es aber

---

59) Müller, H. O., Das LG. Hirschberg, 337.
60) Meyer, Christ., Das Stadtbuch von Augsburg, 89.
61) Übersiebnen, 30 (Lindau).

noch, daß auch in München bei jedem großen Fall das Übersiebnen Platz greift? Im Art. 247 des Stadtrechts[62])!

In Hinblick auf diesen will ich vor allem einen Irrtum Mayers berichtigen: Er behauptet, die Art. 247—249 StR. seien älter als das LR. Dies ist nicht der Fall. Allerdings ist das ursprüngliche StR. um 1340, das LR. 1346 erlassen worden; jene Artikel aber sind sogenannte Anhangsartikel, welche erst 1365 dem StR. angehängt worden sind, wenn sie auch zweifellos auf älteren bindenden Verordnungen beruhen[63]).

Bevor ich aber auf jenen näher eingehe, möchte ich nochmals des Reinigungsrechts des ungefangenen Beschuldigten gedenken. Nach Art. 5 des Lfr. von 1281 ist dem Richter geboten, solche, die man etwas zeiht, das an den Leib geht, unbedingt festzunehmen; bei geringerer Begehung aber dürfen sie der »inziht« selbdritt »entbresten«. Bei dieser soll man den Verdächtigen auch nicht verhaften, noch Gut oder Bürgen nehmen; man muß ihn vorladen[64]). In Art. 15 ist nun bestimmt: »swelich bezigen man bezzern wil und ouf reht hin für sten wil, der sol daz dem rihtaer verpürgen«[65]). Da aber nur bei todeswürdigen Sachen verbürgt werden muß (der bezigene schädliche Mann ist auch nach den Immunitätsprivilegien ohne weiteres dem Landrichter auszuantworten), so ist hier wohl an die Fälle gedacht, wo jener entweder flüchtig oder überhaupt nicht zu überweisen ist. Warum muß er sich aber verbürgen, wenn er den Reinigungseid unbehindert leisten kann und dann vor jedem Gegner gefeit ist? Was riskiert er hierbei?

Der Termin zur Eidesleistung wird eben kund gemacht, und er, der sich keines Geleits zum Rechten erfreut, ist keineswegs sicher, ob er nicht doch vor derselben durch einen beweiskräftigen Kläger ergriffen und überwunden wird. Es ist daher kein Zweifel, daß das Recht zur Reinigung von sehr untergeordneter Bedeutung ist, d. h. jenes nur Platz greift, wenn man von der Schuldlosigkeit ohnehin überzeugt ist oder niemand die Übersagung vorzunehmen wagt. Bei Begründung des Verdachts wird man jedenfalls alles daran setzen, den Eid zu verlegen. Ich erinnere hier an die Augsburger Satzung bei Diebstahl: »mag er des schubes nicht gehaben, so sol er in selbe sibende uberziugen; vahet er in aber unde mag in niht uberziugen, so muz er an sine stat stan. schuldiget ein man den andern, daz er ime verstoln habe, sitzet er an der stat, da er sin niht benoeten mach, so mag er im wol furtagen (vorladen). kumt er fur in den furgeboten ungebunden und unge-

---

[62]) Nach Art. 247 (umb ain sache, diu auf den tot zeucht) erwirkt »swer angesprochen umb ain grozz dink, daz bey dem tag geschehen ist«, eine vierzehntägige Frist »auf ain recht«, damit er selbdritt seine Unschuld auszuführen vermag, »mag er sich aber also nicht bereden oder mag man in überzeugen mit siben mannen, die es für war wizzen, daz er der getat schuldich sey, daz sol man vor seiner beredung tuon, so sol er schuldig sein«.

[63]) Riedner, Die Rechtsbücher Ludwigs d. B., 95 (311).

[64]) Quellen und Erörterungen, 5, 340.

[65]) Quellen und Erörterungen, 5, 342.

vangen, so mag er sine beredung naemen mit sinen zwain vingern. kumt er niht fur, so sol man in aechten«[66]).

Diese wenigen Sätze geben uns ein völlig klares Bild von dem durchaus subsidiären Charakter des Reinigungseides. Man lädt den Bezichtigten, wie ja auch den Notzüchter gemäß Art. 56 LR. erst dann vor, wenn man ihn sonst durchaus nicht zu benöten, d. h. anzupacken weiß. Man hofft auch dann noch auf sein Ausbleiben, um ihn wenigstens ächten zu können.

In Hinblick auf Art. 30 und 31 LR.[67]) besteht nun vielleicht folgender Unterschied: In 30 handelt es sich meist nur um eine schlichte Inzicht, d. h. um einen mehr oder minder schweren Verdacht, der noch keine greifbare Gestalt angenommen hat. Der sich zu Recht Erbietende ist z. B. neben verschiedenen anderen als Täter bezeichnet; da hierdurch sein Ruf immerhin gefährdet ist, sieht er sich zur Reinigung gezwungen. Nicht daß bei 30 nur geringere Reate in Frage stehen, die der Kläger eventuell mit zwei Zeugen zu erweisen vermag; hier, wie in 31, handelt es sich vornehmlich um schädliche Sachen, die Leib (Leben) und Ehre berühren[68]). Der Inzichter wird ja auch, wenn ihn jemand »fertigen« will, diesem gebunden und gefangen zur Verfügung gestellt. Bei 31 hingegen ist einer stets wegen einer schädlichen, d. h. todeswürdigen Sache bezigen, d. h. offiziell beschuldigt. Man verlegt ihm nicht den Eid, weil man von seiner Unschuld überzeugt ist, sondern hauptsächlich deshalb, weil man, wie es im Augsburger StR. heißt, »sin niht benoeten mak«.

Was bekundet nun der Art. 247 StR.? Hier liegt eine wirkliche Ansprache oder Anklage vor, und zwar wegen eines großen, schädlichen Dings, das zum Tode zieht; der sich hier zum Recht Erbietende wird nach 67 vor dem Übersiebnen gefesselt.

Im Rudolfinum von 1294 wird den Münchnern (1312 den Ingolstädtern) das Privileg verliehen, sich bei Ansprache wegen eines großen Dings das bei Tag geschehen, selbdritt reinigen zu dürfen[69]). Es muß dies also eine besondere Vergünstigung gewesen sein im Gegensatz zu dem sonst üblichen Verfahren, denn sonst hätte diese Privilegierung keinen Sinn. Wie mochte nun dieses beschaffen sein? Stand hiernach bei offizieller Anklage der Reinigungseid ohne weiteres zu? Gewiß nicht, wie hätte sonst die Erschwerung, zwei Helfer beizubringen, eine Vergünstigung für die Münchner bedeuten können? Dazu kam, daß diese auch im Fall der Festnahme, der Eineid aber nur dem auf freiem Fuß befindlichen »bezigenen«, d. h. lediglich beschuldigten Mann, zustand. Wie wurde also außerdem gegen den schädlichen Mann vorgegangen?

---

[66]) Meyer, Christ., Augsb. Stadtbuch, 97.

[67]) Nach Art. 30 muß der Inzichter dreimal ohne Sicherheit »auf Recht stehen«; bleibt er unangefochten, so gerichtet er durch Eineid. Erklärt sich aber jemand bereit, ihn um die Inzicht zu »fertigen«, so wird der Inzichter diesem gebunden zu Recht gestellt. Nach Art. 31 kann jeder, der, einer schädlichen Sache »gezigen«, ungebunden und ungefangen vor Gericht tritt, »gerichten, daz er dez unschuldig ist«.

[68]) In der Freisinger Redaktion des LR. heißt es Leib, Gut und Ehre, Freyberg, Samml. hist. Schr., 5, 167.

[69]) Quellen und Erörterungen, 6, 50, 207.

Das oberbair. LR. ist ohnehin mit dem Charakter begabt, daß das Reinigungsrecht des Beklagten nur Platz greift, sofern dem Kläger nicht der Nachweis der Schuld gelingt[70]). Es kann also die Wohltat des Rudolfinum nur darin bestehen, daß es dem Münchner ermöglicht ist, der Geltendmachung des Überwindungsrechts des Klägers durch den Unschuldsbeweis mit zwei Helfern vorzubeugen. Worin besteht nun jenes Recht im allgemeinen bei schädlichen Sachen im Bereich des LR.? Mit zweien überwindet man bei Verwundungen, selbviert soll man nicht vor Gericht erscheinen, selbfünft bringt man den falschen Zeugen zu Fall, selbsechst ist nicht üblich, also bleibt nur das Übersiebnen.

Der Münchner war daher, wenn er den Frieden erbat und erhielt, sofern er zwei Zeugen für sich gewann, auch vor dem Übersiebnen des Gegners gefeit. Zur Zeit aber, wo der Art. 247 dem StR. eingefügt wurde, hatten sich die Verhältnisse durchaus geändert. Maßgebend ist mir hierfür der »Brief«, den K. Ludwig 1340 als Vormund Herzog Johanns an dessen Viztume und Richter im Landshuter Gebiet erließ[71]). Dort heißt es: »Wir wellen auch, ob ein man ze schulden chümt mit der worhait um swelherlaye handelung daz ist, daz er dem richter pezzert, daz der richter in dazselb nicht gerichten lazz mit seinem ayd noch mit den laeuten.« Man pezzert bekanntlich dem Richter des Viztums an Leib und Gut[72]), die Erledigung der großen oder schädlichen Dinge aber ist seine vornehmste Pflicht. Es handelt sich hierbei hauptsächlich um solche, denn es ist ja sogar von einem Reinigungseid mit Helfern die Rede. Man soll also niemand mehr zu diesem zulassen, sofern er mit der Wahrheit, d. h. durch Zeugen, welche Wahres wissen, überführt zu werden vermag. Wenn K. Ludwig diese Weisung für Niederbaiern ergehen ließ, so muß dieser Grundsatz auch und vielleicht schon länger in seinem eignen Land herrschend gewesen sein. Und v. d. Pfordten fand ja den Art. 247 StR. mit der Übersiebnungssatzung bereits in einer Sammlung von vor 1318. Es liegt also klar zutage, daß das Privileg der Münchner, sich mit zwei Helfern vom Verdacht lösen zu können, mit der Zeit bedeutende Einschränkung erfuhr, d. h. jene wurden wie jeder andere schädliche Mann übersiebnet, wenn es dem Gegner gelang, die beizubringen, die ihm des Rechten helfen wollen. Nur wenn dies nicht möglich, blieb (analog dem Augsburger StR.) das alte Reinigungsrecht.

Ich möchte hier auf eine fast gleichzeitige Satzung Regensburgs, wo ja auch ein Richter von des Baiernherzogs Gnaden seines Amtes waltete,

---

[70]) Abgesehen von den Fällen Art. 247, 248 StR. und dem Bereden mit zwei Zeugen bei Notwehr steht dem Beklagten der Eineid zu, und zwar: bei Kauf gestohlnen Guts auf dem Markt, bei Entweren mit Gewalt, bei Wunden, Schlagen ohne »scharfen Ort«, bei Scheiden ohne Gefährde, Notzucht, Friedbruch, Bruch der Schiedung, Schelten im Zorn und aus Haß, nicht aus Wahrheit, bei Lügenheißen und Sprechen an den Eid, bei falschem Gewicht und verbotnem Spiel, bei Entlaufen von Ehehalten oder des Lernknechts, bei Holz-, Heu- und Grasdiebstahl, bei Schaden durch Hirten und Handwerker. In fast allen Fällen (abgesehen von Notzucht und Scheiden ohne Gefährde) aber kann der Kläger selbdritt den Eid verlegen.

[71]) Quellen und Erörterungen, 6, 361. [72]) Quellen und Erörterungen, 6, 359.

verweisen[73]). Dort wurde der Dieb mangels der Handhafte übersiebnet, mißlang dies, so forderte man den Reinigungseid selbsiebent. Dem Bürger aber stand laut Stadtrecht letzterer von vornherein zu, d. h. er vermochte damit dem Kläger den Siebnereid ohne weiteres zu verlegen. In den uns überkommenen Satzungen aber sehen wir dieses Vorrecht insofern geschmälert, als wohl der Gast, aber nicht der Bürger den Mitbürger zu diesem Stadtrecht kommen lassen mußte. Es ist also auch in Regensburg wohl zur nämlichen Zeit des Bürgers Vorrecht, wenn auch nur bei Diebstahl, zugunsten des Übersiebnens bedeutend geschmälert worden.

Fassen wir nun die Zeugen des Art. 247 näher ins Auge. Diese sieben Mannen wissen es für wahr, daß er der Getat schuldig ist, d. h. sie schwören mit dem Kläger in der festen Überzeugung, daß dessen Behauptung, der Angesprochene habe das in Rede stehende große Ding begangen, der Wirklichkeit entspricht. Man kann sie aber, wenn sie auch nur als Helfer den Eid leisten, doch nicht ohne weiteres mit solchen auf gleiche Stufe stellen. Sie sind keine Wahrheitszeugen im vollen Sinn, welche die Tat sahen oder hörten, da sie auch auf Grund von Hörensagen Kunde von der Schuld erhalten konnten. Ja, wenn sie nur schwören, wie kann dann das Gericht die Überzeugung gewinnen, daß jene wirklich Wahres über die Tat und Schuld erfahren haben? Es sei hier auf das interessante Verfahren im Memminger Stadtrecht verwiesen. Hier schwören die Zeugen auch nur, »daz dez klagers ayd rain sei und nit main«, aber erst nachdem sich »die richter (Urteiler) erkennent, daz die ziugen genuog darumb geseit haben, waz in von den, die vor gericht gefangen stünt, kund und wissent sei«[74]). Und dem oberbairischen Richter, welcher ja der Urteiler entbehrte, mußte um so mehr an genauer Information über den Tatbestand gelegen sein.

Ist es auch nicht feststellbar, ob in München auf ähnliche Weise verfahren wurde, keinesfalls dürfen diese Tatzeugen (Helfer) mit den Zeugen des Art. 249[75]), welche lediglich über den Leumund des Angeklagten »daz sie wol vernomen an den steten, da die leut zu ainander chöment, daz er dem land als schedleich sei« (es heißt dort ausdrücklich vermaerter Übeltäter und nicht schädlicher Mann) nicht zusammengeworfen werden. Dieser ist unter bedenklichen Umständen aufgegriffen und soll

---

73) S. mein Alt-Regensburgs GV., 78, Freyberg, Samml. hist. Schr. 5, 81, 83, 47. Ich begreife nicht, wie Mayer (22) hier von einer Novelle sprechen kann, der Fall ist doch durchaus klar und von Widerspruch keine Rede.

74) Mein Alt-Memminger Strafrecht (im gleichen Bande), Freyberg a. a. O. 5, 251.

75) Im Art. 249 wird zuerst nochmals auf die sieben Zeugen, »die ez warz wizzent, daz er schuldich, des beredung und seiner helfer entschuldigung man nicht nemen sol« hingewiesen (dies auch Zallingers Ansicht). Dann heißt es: »auf ainen offenen rauber oder vermaerten übeltaeter mügen siben man swern, daz si wol vernomen haben an den steten, da die leut zu ainander chöment, daz er dem land als schedlich sey, daz man durch recht dem land über in richten sol; wan sogetan leut werden oft gevangen, daz man sie an der hantgetat nicht begreift und daz man auf sie nicht ze schieben hat«.

lediglich seiner Gemeingefährlichkeit wegen ex officio angeklagt und der Vernichtung geweiht werden. Es genügt hier, daß über seine bisherige Wirksamkeit, die allerorten bekannt, berichtet wird.

Es ist also geradezu eine Vergewaltigung des Art. 247, die dortige Übersiebnungssatzung für überflüssig zu erklären[76]). Und dies alles, dies Biegen und Brechen allein einer Theorie zuliebe! Wenn es heißt: »mag er sich also nicht bereden oder mag man in überzeugen, daz er der getat schuldich sey«, so bezieht sich doch das in unzweifelhaft auf den, der sich selbdritt zu bereden versucht. »daz sol man vor seiner beredung tuon«; ja, kann denn bei dem gefangenen »vermaerten« Übeltäter, der nach seinem bisherigen Verhalten dem Henker rettungslos verfallen, noch von einer Beredung gesprochen werden? Die Übersiebnung wird also gemäß Art. 247 gerade bei solchen, welche nicht nur Gewohnheitsverbrecher, sondern nur gewöhnliche Missetäter, wie Totschläger (manslacht) und Notzüchter, zur Anwendung gebracht.

Die Anschauung Mayers, es hätten damals zu München noch die Grundsätze der lex Alamannorum (!) regiert, d. h. es wäre im regulären Verfahren nur bei Vorliegen der Handhafte gerichtet und sonst dem Reinigungseid freier Spielraum zugebilligt worden, ist daher durchaus unhaltbar. Schon zu Ausgang des vorhergehenden Jahrhunderts hat man zudem in den meisten oberdeutschen Gauen jeden Dieb, Räuber, Brenner, zum Teil auch Mörder und andere Missetäter mit sieben überwunden. Die Schwierigkeit, die Handhafte zu erlangen, gilt nicht minder für die Fälle des Art. 247. Es scheint übrigens die Vergünstigung des Rudolfinum für den Münchner in erster Linie zum Schutz vor dem Übersiebnen erteilt worden zu sein; der wirklich handhafte Täter wenigstens wird sich vergebens auf jenes Vorrecht berufen haben.

Wenn im Schlußartikel des StR. (514 [1428]) gefordert wird, daß von nun an nur noch solche Zeugen verwendet werden sollen, »die pey denselben sachen gewesen und daz gehört und gesehen haben« und es dann heißt: »darzu sullen sie der artikel chain auf in haben, die unser puoch hat auzgeschaiden, waz schedlicher sach wär, damit man einem den leib angewinnen mag«, so bezieht sich dieser Satz eben auf unsere beiden Artikel 247 und 249. Es scheint demnach bis zum Jahr 1428 dem Übersiebnen noch nicht völlig entsagt worden zu sein. Die schädliche Sache bedeutet hier wieder mit Sicherheit die todeswürdige Sache, also der schädliche Mann auch den Missetäter an sich.

Und dabei zur Zeit des LR. und StR. das Übersiebnen ringsum in altbairischen Landen; ja in Ingolstadt sehen wir es 1368 schon wieder beseitigt, zum Teil 1371 auch in München[77]). In jener VO. bekundet sich sehr deutlich der Unterschied zwischen den schädlichen Leuten, welche schädliche Sache und Inzicht »auf ihnen haben« und den nur verleumdeten Leuten; sie seien in der Stadt oder auf dem Land, sie seien Diener, Leibeigne, Hintersassen. Im Gegensatz hierzu wird dem Münchner Rat nur die Gerichtsbarkeit über die im Lande Oberbaiern aufgegriffenen schädlichen Leute verliehen. Es kann sich hier jedoch

---

[76]) Mayer, 19, Anm. 38.

[77]) Übersiebnen, 46; MB. 35, II, 26.

nicht nur um fremde und Berufsverbrecher handeln; es hätte diese Freiheit wenig Wert gehabt, wenn es dem Rat nicht zugleich freigestanden hätte, jeden, der in München eine Untat verübte, draußen in der Landschaft aufzuheben.

Bekannt ist das Gebot an Hiltpoltstein, nur dann zu übersiebnen, wenn die Handhafte fehlt[78]). Ferner die Landshuter Satzung, die inhaltlich verschiedenen Würzburger Formularen entspricht, weil eben letztere ebenfalls auf dem Lfr. von 1300 fußen[79]). Jeden Zwiespalt darüber, daß das Übersiebnen jedem Missetäter gegenüber galt, beseitigt endlich das ehrwürdige Weistum Freystadts. Nachdem hier dem Rat geboten ist, alle Verfügungen zum Nutzen der Gemeinde zu erlassen, heißt es: »ob das war, das man einen in fancknuß pracht, so sol in ein anclager verderben mit syben. es war dann, das man in an der rechten tat funde oder begriff, so sol man in mit ainer urtail toten«[80]).

Es scheint also das Übersiebnen gemäß Lfr. von 1300, den ja jeder Richter im Gerichte bei sich haben mußte, in ganz Altbaiern zur Einführung gelangt zu sein und so auch in München, nur mit dem Unterschied, daß hier daneben bei besonders hartgesottenen Sündern (wie in Regensburg) ein noch weit bequemeres Übersiebnen auf »Leumund« zur Anwendung kam.

1347 wird den Abensbergern zu Rohr ein Halsgericht mit Stock, Galgen und dem Bann verliehen: »das sy furbas über all schedlich laiute, die den leib verworcht hand, richten sullen«[81]). Nun ist 1479 abermals dieser Kompetenz gedacht; sie richten über T. D. N. M. Verrat, StraßR. usw. Die Übeltäter fordern sie vom Richter zu Rohr ab und »was kosten auf solich übeltätig leut gien«, diese sollen vom Gericht und Markt zu Rohr ausgerichtet werden[82]). In Greding (Hirschberg) setzt man bei Aburteilung jedes schädlichen Mannes, der den Tod verschuldet, eine neue Schranne. In Werdenfels soll man angesessene Leute mit eignem Rauch »ob es wär ein schedlich man, ein M. D. Ketzer oder mit welcherlei sach er den leib verwirkt hat«, festnehmen[83]). Die Vergünstigung für Cham, schädliche Leute auf die Urgicht vor zwei Schöffen hin richten zu dürfen, bezieht sich selbstverständlich ebenfalls auf alle Missetäter[84]). In den späteren Landes-O., so von 1456, 1474, 1508, 1516 erfreut sich der schädliche Mann zweifellos des nämlichen Charakters[85]).

Wenn in manchen Landgeboten, in denen zur Festnahme und Nacheile aufgefordert wird, vornehmlich auf gemeinschädliche Strolche, Diebe und Räuber abgezielt ist, so liegt dies in der Natur des Erlasses; dabei aber war der ordentliche Verbrecher, welcher den Söldnern in den Weg kam, ebensowenig vor Vernichtung gefeit. Sonst aber ist die Nennung jener vornehmsten Verbrecherarten nur beispielsweise zu nehmen. So

---

78) Übersiebnen, 45.
79) Übersiebnen, 47.
80) Freystadt, Urk., f. 1.
81) Übersiebnen, 51.
82) Abensberg, Urk., f. 41.
83) Hirschberg, Urk., f. 5 (1351).
84) Cham, Urk., f. 5 (1438).
85) Freilich ist in diesen das schädlich durch übeltätig und missetätig verdrängt.

1361: »sch. leute, ez sein dieb, mörder, prenner, straßrauber oder wie di genant möchten sein«, oder 1369: »rauber, morder, prenner, deub oder valscher und all schedleich leut, wi di genant sind«[86]). Es gemahnt dies an die Immunitätsprivilegien, wo von den großen Dingen meist auch nur einige (T. N. D.) angeführt sind und doch wohl dem Viztum ein Anrecht auf alle Missetäter zusteht. Auch im bairischen Recht trifft man zahlreiche Stellen, in denen übeltätig und missetätig genau dieselbe Bedeutung zukommt, die anderswo schädlich besitzt[87]). Später, gegen Ausgang des Mittelalters nimmt der Schädliche mehr und mehr den Charakter des Gemeinschädlichen an.

Daß ferner die schädliche Sache (ob auch umb todslag, dewf oder ander schedlich sach zue richten; schedlich sach oder das den dodt beruert) mit dem großen (bösen Ding) identisch, ist schon früher festgestellt worden[88]). So wird auch in Cham die Urgicht des schädlichen Mannes um schädliche Sache, damit er den Tod verdient, abgenommen[89]). Häufig wird es von der Herrschaft zugesagt, daß sie nur um schädliche Sache festnehmen und anklagen werde. So auch bei allen großen Dingen oder Sachen, welche an den Leib gehen[90]). Den Münchner Bürger darf man z. B. bei Totschlag und todeswürdigem Diebstahl festnehmen, bei tödlicher Verwundung erst, wenn der Getroffene gestorben ist[91]). Nicht selten ist der angesessene (haussässige) schädliche Mann vom fremden unterschieden[92]).

Was die Ausführungen Mayers über Ruprecht von Freising anlangt[93]), so kann ich ihnen nur wenig beistimmen. Daß hier der schädliche Mann ebenso, wie im LR., lediglich den Verbrecher bedeutet, steht außer Zweifel[94]). Dem Reinigungseid kommt zwar ein größeres Anwendungsgebiet zu; doch ist es irrig, wenn Mayer behauptet, daß es in jenem keine Stelle gäbe, die zur Annahme zwingt, daß bei Kriminaldelikt — abgesehen von der handhaften Tat — der Eid durch die Überführung ausgeschlossen war. Ein Blick in meine strafrechtliche

---

[86]) Übersiebnen, 49.

[87]) Tom. priv. 4, 363; Grimm, Wst., 3, 532; Privil. München, Tom. 1, 271 (Lit. M. 1, 64, 1); Übersiebnen, 64ff.

[88]) Übersiebnen, 64; um sch. S., damit er Leben verwirkt, Tom. priv., 9, 108; MStR., Art. 514.

[89]) Ebenda, Gengler, Cod. mun.; Cham, 24.

[90]) Keine Anklage, denn um sch. S., Tom. priv., 4, 291; keinen angesessenen Mann fahen, denn um sch. S., Justizgegenst. 20, 8; Ger. Aichach, Urk., f. 15 (1479).

[91]) MStR., Art. 290, 291, 319.

[92]) Grimm, Wst., 6, 150; Justizgegenst. 21. [93]) Mayer, 17ff.

[94]) Dies geht namentlich auch aus einem Vergleich mit dem späteren Stadtbuch von ca. 1424 (Lit. Hochst. Freising, 485), das sich als Auszug aus dem ältesten Freisinger Satzungsbuch darstellt, hervor. In Ruprecht (meine Ausgabe), Art. 49 heißt es, daß der Nachrichter die letzten Urteile gibt, wenn über einen Menschen gerichtet wird, in 51 »daz er di urtail uber di schedleichen leut geben mueg, als wir vor geschriben«. Im späteren Stadtbuch, f. 1 ist nun bemerkt, daß, wenn der Richter »nicht anhaim ist oder nicht gesitzen mag«, nach der Stadt Recht der Nachrichter sitzen soll »umbsünst«; s. a. mein Rechtsb. Rupr. v. Fr. als strafrechtl. Quelle d. MA., 45.

Abhandlung über R. v. Fr. hätte ihn sicher bekehrt[95]). Der Täter muß selbstverständlich gefangen sein. Das Bahrrecht greift nur Platz, wenn der Angeklagte nicht auf oder nach der Tat festgenommen wurde und überhaupt seine Schuld außer Zweifel steht[96]). Denn sonst könnte sich jeder Täter leicht aus der Schlinge ziehen. So wird ja auch z. B. nach Memminger Recht das Bahrrecht zugelassen[97]); sofern aber der Leichnam nicht in die Stadt geschafft werden kann, wird der Festgenommene, wenn seine Schuld kund oder offenbar, ohne weiteres gerichtet[98]). Daß Ruprecht die Ordale bereits zu den verbotenen Gerichten zählt, welchen man sich wohl unterwerfen, zu denen man aber nicht gezwungen werden kann, dürfte, da eben der Köhlerglaube an die Beweiskraft derselben bereits im Schwinden begriffen war, der damals herrschenden Anschauung entsprochen haben[99]).

Wenn Stadtknechte einen nachts bei der Festnahme töten, so dürfen sie ihre Schuldlosigkeit eidlich erhärten, aber nur, wenn man sie nicht zu überweisen vermag, daß sie aus Haß gehandelt; ebenso verhält es sich bei der Tötung durch Schiedsleute[100]). Wer auf dem Markt eine gestohlene Ware gekauft, wird nur dann, wenn er nicht verdächtig ist, zum Reinigungseid zugelassen[101]). Den Räuber überwindet man mangels der Handhafte mit sieben Helfern. Einmal heißt es, daß jenen der Reinigungseid zustehe, wenn ihn ein Bauer des Raubes auf dem Feld bezichtigte und der Raub nicht mehr vorlag. Dann wird aber bemerkt: »daz ist dem pauman darum gesetzet, das oft newer er und sein chnecht auf dem velde sind und anders nieman«; denn — hätte er die genügende Helferzahl zur Seite, so würde er des Räubers Eid durch die Übersiebnung verlegen[102]). Wenn daher Mayer behauptet: Ferner wird bei Kriminaldelikt überhaupt an eine Überführung des Beklagten ohne Reinigungsbeweis nur dann gedacht, wenn er gefangen und zugleich Handtat beigebracht ist, so ist dies nicht zutreffend[103]). Die von ihm angeführte Stelle scheint freilich im Widerspruch mit der Strafsatzung zu stehen, wonach der Dieb bei Fehlen der Handhafte übersiebnet werden soll[104]). Allerdings spielt ja im Ruprecht jene, bzw. der Schub eine bedeutsame Rolle. Wo es nur denkbar, geht man mit diesem vor, so bei Wüstung von Bienen und Tötung von fremdem Geflügel. Mangels des Schubs darf man aber dort jedenfalls übersiebnen; denn hat Ruprecht auch aus ungleichartigen Quellen geschöpft, so entstammen doch gerade jene Strafsatzungen wohl nicht zum geringsten Teil dem alten, zu Verlust geratenen Freisinger Satzungsbuch, die vorliegende zudem noch dem Schwsp.,

---

95) Ebenda, 49 ff.

96) Ebenda, 55 und meine Ausgabe des Rechtsbuchs Ruprechts v. Fr., 6, 272.

97) Mein Alt-Memminger Strafrecht (im gleichen Band); Freyberg a. a. O., 5, 255.

98) Ebendort; Freyberg, 5, 255.

99) Meine Ausgabe des Ruprecht v. Fr., 272.

100) Ruprecht, 37, 41; Strafr. Abh., 31 (s. Anm. 95).

101) Ruprecht, 71; Strafr. Abh., 50.

102) Ruprecht, 65, 66; Abh., 51.

103) Mayer, 17.

104) Ruprecht, 258.

wo auch bei Diebstahl übersiebnet wird. Es handelt sich hierbei um keinen Gewohnheitsdieb, sondern es kann als Täter auch ein Bürger in Frage stehen, der hiernach übersiebnet werden kann. Der von Mayer angeführte Artikel ist indes überhaupt keine Strafbestimmung. Es ist hier nur die Rede davon, daß einer, der einen andern des Diebstahls bezichtigt hat und dies nicht zu beweisen vermag, »an sein stat gen dem richter sten« muß, den Leib mit dem Gut zu lösen. Wenn er ihn jedoch gefangen mit der Handhafte, »damit er den diep wol uberwinten maecht«, vorbringt und es mißlingt ihm an Zeugen und »unrecht aide geben« usw., so wird der Dieb wohl ledig, der Kläger aber hat nicht an dessen Statt zu stehen, d. h. mit dem Gut zu büßen, es wäre denn, daß er sich verbürgt hat. Nun, warum wird man wohl gerade den Dieb mit der Handhafte als Beispiel gewählt haben? Abgesehen davon, daß ja für gewöhnlich der Schub vorliegt und das Übersiebnen als Ausnahme gedacht ist, dürfte der Grund vornehmlich darin liegen, daß eben beim Übersiebnen stets verbürgt werden muß und schon beim Fehlen eines Helfers Sachfälligkeit eintritt. Auch im folgenden Artikel ist der Handhafte nur wegen der Schätzung derselben gedacht[105]). In Art. 73 endlich dient die große Helferzahl vornehmlich zur Feststellung des Eigentums; auch wenn dem »Angefallenen« der Beweis mißlingt, gilt er keineswegs schon als Dieb[106]). Soviel, was in Hinsicht auf Baiern hier anzuführen notwendig scheint.

In Schwaben ist der Charakter des schädlichen Mannes als gewöhnlichen Missetäters durchaus unanfechtbar, ebenso die Tatsache, daß das Übersiebnen keineswegs allein für die landschädlichen Leute i. S. Zallingers Anklang errang. Wer hierüber noch Zweifel hegt, der würdige das Verfahren in meinem Alt-Memminger Strafrecht in diesem Band des Archivs eines kurzen Einblicks. Wie im oberbair. LR. die schädlichen Leute dem Abschnitt über den Diebstahl eingereiht sind, so trägt auch hier das ihnen gewidmete Kapitel die Überschrift »umb diupstal«; in diesem entpuppen sich die Schädlichen als Verbrecher an sich, welche wegen Diebstahls, Raubs, Mords, Brands »oder ander Schuld« mangels der Handhafte übersiebnet werden[107]). Es wird hierauf der Bestrafung der wichtigsten Delikte gedacht, so auch der Frau, wenn sie »ains mords oder ander schädlicher (todeswürdiger) taut mit dem rechten überkomen wird« und endlich verfügt: »ist aber, das ainr oder mer umb ander sach für schädlich lüt für gericht geantwurt werden, über die sol man richten nach der taut, alz die denn geschaffen ist«. Wenn dann zugesagt ist, daß der Bürger, der einen schädlichen Mann, »der nit burger wär«, bei der Festnahme getötet, auf den Beistand der Stadt zu rechnen habe, so geht daraus hervor, daß auch jeder Bürger, der eine Untat begangen, als schädlich übersiebnet werden kann[108]). Im übrigen sei auf mein Übersiebnen selbst verwiesen[109]). Wie lange indes dieses in Schwaben sein Dasein fristet,

---

105) Ruprecht, 259.
106) Ruprecht, 73.
107) Freyberg a. a. O., 5, 251.
108) Ebenda, 257.
109) Übersiebnen, 28ff.

erhellt aus einem Eintrag in den Nürnberger Annalen von 1466. Hiernach läßt der N. Rat einen Pfleger (also wohl keinen Schädlichen i. S. Zallingers) zu Füßen festnehmen, worauf ihm vom Bischof ein Rechtstag gesetzt wird. »dieweiln nun nach gestalt des gerichts der übeltäter zu übersieben mit leuten, die an der klag weder teil noch gemein haben«, fordert N. andere hierbei beteiligte Städte auf »als soll ein jede sechs personen auf des raths zu N. kosten abordnen«[110].

Auch in Rücksicht auf das Verfahren in den österreichischen Gebieten habe ich, wie ich glaube, ausreichendes Beweismaterial für die Stichhaltigkeit meiner Theorie vorgeführt[111]. Auch hier also möge lediglich mein »Übersiebnen« für mich sprechen. Was den Art. 8 des österr. LR. von 1236/37 anbetrifft, so sucht Mayer abermals eine neue Deutung. Während nämlich Zallinger behauptet, daß nur Räuber, Mörder und Diebe hiernach übersiebnet werden, stellt Mayer zwei verschiedene Kategorien auf. Er scheidet diejenigen, welche wegen R. M. D. verurteilt wurden und gebüßt haben, von denen, welche wegen derselben Delikte übersiebnet wurden. Ich hiergegen sehe in jenen nur Beispiele; denn man darf nach Vergleich mit dem Kärntner und Steierer R. als sicher annehmen, daß bei allen schweren Verbrechen übersiebnet wurde[112].

Für Franken endlich bekundet die Praxis in Würzburg, Eichstätt und Nürnberg besonders deutlich die Hinfälligkeit der Zallingerschen Theorie[113]. Es scheint daher geradezu unbegreiflich, daß Mayer den alten Zankapfel, d. h. die Nürnberger HGO. von ca. 1294, nochmals anschneidet und die doch sattsam widerlegte Ansicht, als sei jenes Formular nur den Gewohnheitsverbrechern zuliebe verfaßt, wieder auf den Schild erhebt.[114]. Er hat wohl meine Darlegung überhaupt nicht näher geprüft, denn sonst wäre solche Beharrlichkeit kaum erklärbar. Und so bleibt mir denn nichts übrig, als meine Beweisgründe in kurzem zu rekapitulieren[115].

Das Formular trägt bekanntlich die Überschrift: »wie man rihtet uber einen mentschen«, also doch wohl jeden todeswürdigen Menschen. Auch in ihm taucht da und dort jener schlichte Mensch auf; meist ist indes schädlicher Mensch hierfür gesetzt und als Arten desselben D. R. M. Br. und Fälscher aufgeführt. Stellt man diesem Formular die Bamberger Satzung von 1314 gegenüber, wonach alle, welche nicht Stadt- und Burgerrecht besitzen und gefangen und gebunden vor Gericht gebracht werden, dem Übersiebnen verfallen, so besteht kein Zweifel mehr, daß auch in Nürnberg nicht nur Gewohnheitsverbrecher übersiebnet werden können. Die Einheimischen entschlüpfen ja auch hier durch das Vorrecht der lebenslänglichen Eintürmung oder Selbstverbannung dem Henker. Wenn in obigem Formular der Dieb des Landes dem des Klägers gegenübergestellt ist, so ist, wie ich eingehend ausgeführt habe,

---

[110]) Mein Nürnberger Kriminalverfahren, 40 (Ztschr. f. d. ges. StRW., 12, 225).
[111]) Übersiebnen, 52 ff.
[112]) Mayer, 215. [113]) Übersiebnen, 25 ff. [114]) Mayer, 217 ff.
[115]) Meine Zenten des Hochst. Würzburg, 2, 465 ff.

hierunter lediglich der von Landes wegen ex officio angeklagte und zu richtende Dieb zu verstehen. In Rücksicht darauf wird ja eben 1323 dem Stadtanwalt geboten, zu klagen »über des reichs, des landes und der stadt schedlichen man und nicht sonderlich über seinen sch. m.«. Demgemäß darf es dann bei Richtungen ex officio auch nicht mehr heißen: »der ist sein diep und des landes und im und dem lande so schedleich gewesen«; es soll nur auf das Land usw. Bezug genommen werden. Es ist aber geradezu unerfindlich, wie man behaupten kann, daß dann nur Gewohnheitsverbrecher, nicht aber z. B. ein Dieb, der sich nur einer großen Entwendung schuldig machte, der Ansprache durch den Stadtanwalt verfällt. Und das Formular gilt doch ausdrücklich auch für den Privatkläger, der den Schädlichen wegen einer ganz bestimmten Tat anspricht. Nach Zallinger aber darf er dies hier nur dann, wenn er es mit wirklichen Gewohnheitsdieben usw. zu tun hat!

Von Leumundsbeweis kann nicht gesprochen werden; dieser gewöhnliche Dieb hat einen wirklichen Diebstahl begangen: »er ist im so schedlich gewesen mit seiner diepheit; umbe welhe tat er gevangen wirt, da mac man in umbe ansprechen; deu wort, daz er die gesprochen durch die ganzen warhait, daz wen, daz er zu der sache reht habe usw.«. Am Schluß sind die fünf Verbrechensarten, welche den Inbegriff der damals am häufigsten verübten Delikte bilden, aufgeführt. Ihre Zahl ist kaum damit erschöpft, ich verweise z. B. auf das Memminger Stadtrecht[116]). Bei einem Leumundsverfahren i. S. Zallingers, wo es sich doch nur um Feststellung der Landschädlichkeit handelt, wäre eine so genaue Spezifikation gewiß von Überfluß.

Zallinger findet es auffällig, daß die wichtigsten Kapitalsachen Totschlag und Notzucht fehlen. Abgesehen davon, daß ersterer vielfach durch Zahlung von Wergeld und Buße aus der Welt geschafft wird, steht hier die Handhafte bzw. der Leichnam in der Regel zur Verfügung. Bei Verstecken desselben und Leugnen der Tat nimmt ja der Täter den Charakter des Mörders an. Aber auch bei Notzucht wird von vornherein die Vorzeigung der Spuren der Tat, welche als Handhafte gewertet werden, gefordert. Das Fehlen dieser beiden Delikte ist daher nicht merkwürdig, im übrigen wird nach andern OO. auch bei diesen übersiebnet.

Dazu die Ausführlichkeit und Umständlichkeit der Ordnung, so in Hinsicht auf das Andingen der Vorsprechen wie Formulierung des Eides, den der Kläger erst vierzehn Tage später zu leisten hat, die Hinweise auf Bestimmungen, die man sonst nur in offiziellen GerichtsO. findet, wie daß der Richter den Bann besitzen, die Zahl der Schöpfen ungerade sein muß u. dgl. m. Kurz, sie verrät große Ähnlichkeit mit verschiedenen Würzburger Übersiebnungsformularen, welche zweifellos als die von jeher maßgebenden ordentlichen HGO. der betreffenden Zenten anzusehen sind. Merkwürdigerweise billigt ja auch Zallinger der älteren Würzburger BrückengerichtsO. die von mir verfochtene

---

[116]) Freyberg a. a. O., 5, 252.



Eigenschaft zu, welche er jedoch als Produkt einer singulären, abnormalen Entwicklung bezeichnet.

Daß das Nürnberger Formular nicht einem Ausnahmeverfahren, sondern dem gewöhnlichen Prozeß diente, geht ferner mit Deutlichkeit aus einem Ratsbeschluß von 1459 hervor, demgemäß zwei Ratsherren beauftragt wurden, zu »besehen, wie das (also doch zweifellos allgemeine) halsgericht mit fragen gehalten sein worden und woran gebruch gefunden wird, das beschreiben lassen und bessern«. In der hieraus entstandenen zweiten O. spiegelt sich aber die erste in auffälliger Weise wieder. Daß jene bis 1526 auch bei allen nicht landschädlichen Verbrechern (so dem Losunger Muffel) zur Anwendung gelangte, bezeugen mehrere Urteile des Halsgerichtsbuches. Zallinger gibt die Übereinstimmung zu, zaudert jedoch nicht, auch dieses offensichtlich dem ordentlichen Prozeß gewidmete Formular seinen besonderen Günstlingen, d. h. Gewohnheitsverbrechern, zuzusprechen. Ja, nicht besser ergeht es der dritten HGO. von 1526; auch dieser prägt er den Stempel des Leumundsverfahrens auf, wiewohl bereits Mitte des 15. Jahrhunderts die Urgicht die conditio sine qua non für das Todesurteil geworden war, Er spricht sogar von einem Vorverfahren über den Leumund, worunter er seltsamerweise die Abnahme der Urgicht selbst versteht. Und diese »neue O. und Veränderung des alten Prozesses der HGO. zu N.«, die nach dem HGB. nur das gewöhnliche Verfahren darstellen kann, huldigt i. a. noch den Grundsätzen des Jahres 1459.

Und so sollen also alle drei Formulare der Stadt, welche zweifellos dem gewöhnlichen Prozeß dienten, lediglich Gewohnheitsverbrechern gewidmet gewesen sein, und wiewohl überall die Schuld des Täters außer Zweifel steht, in ihnen allein dem Leumundsbeweis, bei dem nur die habituelle Landschädlichkeit in Anschlag kommt, gehuldigt worden sein! Armer »ordentlicher« Verbrecher, für dich blieb auch hier keine Ordnung mehr übrig, nach der du gerichtet werden konntest! Kurz, es ist geradezu unbegreiflich, daß Mayer jetzt an der Anschauung, die Zallinger vor der Kenntnis meiner Beweisgründe in den »Zenten« und im »Übersiebnen« hegte, noch festhält und sie verficht. Dieser hätte wahrlich, als er nach einer Hauptstütze für seine Theorie fahndete, kein ungeeigneteres Beispiel erkiesen können.

Noch sei bemerkt, daß sich in der gereimten N. Lochordnung ebenfalls eine Reminiszenz an das alte Übersiebnen vorfindet, indem es dort heißt, daß der bei der Tortur verwendete Schreiber jede Aussage verzeichnet und »dann bekennt für sieben person«[117]).

Mit der unheilvollen, irreführenden Theorie des Gewohnheitsverbrechers, die wir Zallinger danken, muß also endgültig gebrochen werden. Der schädliche Mann deckt sich völlig einerseits mit dem homo nocivus und malefactor der Kap. und Lfr. wie andererseits mit dem späteren Übeltäter und Missetäter. Er entspricht diesen in allen ihren Schattierungen. Er ist sowohl der Verbrecher, der bereits eine schädliche Sache »auf

117) S. mein Lochgefängnis usw. in Alt-Nürnberg, 82.



sich hat«, als der, der durch sein offensichtliches, auf Begehung von Verbrechen abzielendes Gebaren jenem an Bedeutung gleichsteht. Man nimmt als schädlichen Mann denjenigen fest, der im Verdacht ist, eine Untat bereits begangen zu haben, als begehen zu wollen. Er ist der Verbrecher, jedoch nicht eine bestimmte Gattung desselben, weil es dort, wo jene Bezeichnung üblich war, an einem andern Ausdruck für jenen fehlte oder dieselbe nur selten durch Übeltäter und Missetäter ersetzt war. Schädlich gesagt wird der einfache wie der Gewohnheitsverbrecher; es wäre ungeheuerlich, wenn das Hausen des letzteren untersagt, dem, der nur eine Mordtat verübt, aber gestattet wäre.

Dem Lande schädlich ist auch der Verbrecher, der sich eines Klägers erfreut. Geraume Zeit währte es, bis das Offizialprinzip den völligen Sieg erlangte. Anfangs kümmerte man sich nur um solche Verbrecher, deren Vernichtung im Interesse des Staates und der Allgemeinheit geboten war; erst später kam das Pflichtbewußtsein zum Durchbruch, daß jeder Missetäter, der des Klägers ermangelt, von Amts wegen zu richten sei. Wenn manche Satzungen, wie Landfrieden und Landgebote, in erster Linie auf die Niederwerfung von besonders land-, d. h. gemeinschädlichen Verbrechern gerichtet sind, so liegt dies eben in der Natur dieser Gesetze begründet. Später liest man in ihnen durchaus gleichartigen Mandaten Missetäter, und niemand wird in diesen etwas anderes als eben Verbrecher an sich vermuten. Nicht mit dem Tod oder Verstümmelung zu bestrafende Delinquenten werden selten als schädliche Leute bezeichnet; für gewöhnlich ist, wie erwähnt, der wegen irgendeines Reates des Landes Verwiesene noch nicht als schädlich zu betrachten. Auch die Bedeutung gemeinschädlich nimmt dieses erst zu Ausgang des Mittelalters an.

Prüft man meine früheren Anschauungen über den Begriff »schädlich«, so wird man finden, daß ich jenen durchaus treu geblieben bin. Das nämliche gilt hinsichtlich des Übersiebnens. Die Landfriedensatzung von 1281 hat also mit dem Ausnahmeverfahren gegen Räuber, das Mayer heranzieht, so gut wie gar nichts zu tun. Sie bedeutet lediglich eine allen Missetätern gegenüber erteilte Vereinfachung des Beweises, die den Grundsatz aufstellt, daß die Handhafte fortan kein unbedingtes Erfordernis zur Überwindung mehr bilden solle, dafür aber dann die Zahl der Helfer von zwei auf sechs steigen müsse. Dies soll vor allem dem Dieb gegenüber in Geltung treten; bezüglich der andern schädlichen Leute bleibt es den verschiedenen Territorien überlassen, deren Kreis nach Gutdünken enger und weiter zu ziehen. Räuber sind mit jenen nicht gemeint, denn wo diese in den Landfrieden auftreten, sind sie ausdrücklich als solche benamst, warum also gerade nicht an jener Stelle? Wäre die Satzung nur auf Gewohnheitsverbrecher gemünzt gewesen, so hätte dies hervorgehoben werden müssen, denn unstreitig galt damals der schädliche Mann sonst als Missetäter an sich (Augsburg!).

Und das Volk, zu jener Zeit keineswegs so ängstlich in Deutung von Gesetzen, unterwarf sich keiner Beschränkung. Eifrig griff es nach der

Neuerung und machte, froh, solch großer Beweiserleichterung habhaft zu sein, bei Ermangelung der Handhafte von ihr allen Schädlichen, d. h. Übeltätern gegenüber Gebrauch. Aber bald erkannte man, daß sich jene Verbesserung als sehr problematisch erwies. Überall mußte man zur Einsicht gelangen, daß es einerseits nicht so leicht, sechs Helfer aufzubringen, und andererseits deren Rolle sehr oft verdächtige Gesellen spielen. Und so kam es denn, daß das Inquisitionsverfahren — und zwar bei den Städten vielfach durch Vermittlung der Leumundsprivilegien — immer tiefer Wurzel faßte und mit ihr die Tortur sich zur regina probationum erhob. Dank der Carolina und der deutschen Methodensucht in raffinierter Weise ausgestaltet, wußte sich diese endlich von der Epoche der Hexenprozesse an zum Gipfel ihrer Willkür und Brutalität emporzuringen.

Nu hab' ein Ende! schließe ich mit Ruprecht von Freising. Leider war ich veranlaßt, neben verschiedenen neuen Belegen viel crambe recoctum aufzutischen. Doch schien dies nötig, da Mayer eben viele meiner Nachweise in den Wind schlug, ich nicht so unbescheiden bin, zu wähnen, daß jeder, der dessen Ausführungen prüft, mit meinem Übersiebnen oder gar den Zenten Vertrautheit besitzt, und mir doch daran gelegen sein mußte, meiner Theorie den gewiß berechtigten Erfolg zu sichern.

Endlich freut es mich, daß dieser nun auch Prof. Herbert Meyer in seiner soeben erschienenen trefflichen Abhandlung über Gerüfte, Handhaftverfahren und Anefang, unter Hinweis auf Rietschel und Planitz, durchaus gerecht wird [118]).

Der Zueignungsbegriff.

Von Dr. Wilhelm Sauer, Privatdozent in Königsberg*).

Der Kampf um den strafrechtlichen Zueignungsbegriff will noch immer nicht zur Ruhe kommen. Die noch herrschende Lehre und die Rechtsprechung bestimmen die Zueignung formell als die Ausübung des Eigentumsinhalts oder als die Betätigung des Eigentümerwillens oder als die Verfügung, die ausschließlich zur Zuständigkeit des Eigentümers gehört, oder als die Herstellung des Eigentümerverhältnisses, des Eigenbesitzes oder ähnlich [1]). Gegenüber dieser formalistischen Anschau-

---

[118]) Ztschr. der Savignystiftung, 37. Bd. Germ. Abt., 427, 448, 455 usw. Hier auch über die analoge Forschung Planitz' hinsichtlich des sächsisch-thüringischen Rechts.

*) Der Aufsatz wurde bereits im Juni 1915 abgeschlossen.

[1]) Vgl. die Literaturnachweise bei Olshausen, § 242 Nr. 28.



ung will es uns als ein Fortschritt erscheinen, wenn auch hier eine materielle (wirtschaftliche) Auffassung[2]) an Boden gewinnt. Sie legt den Nachdruck auf den Zweck der Verwertung der fremden Sache für den Täter mit der Rechtsfolge ihrer Entwertung oder Wertminderung für den Eigentümer. Keineswegs wird erfordert ein Geldwert der Sache, eine Vermögensbeschädigung auf seiten des Eigentümers, eine Vermögensvermehrung, Bereicherung des Täters. Nur das ist nach unserer Ansicht notwendig, daß die Sache für den Eigentümer von Wert (subjektivem Wert, auch Affektionswert) gewesen ist, und daß sie auch für den Täter von Wert sein wird. In welchem näheren Sinne, das wird sich alsbald zeigen.

1. Die Ansicht genießt den Vorzug jeder »materiellen« Rechtsauffassung, daß sie den Tatsachen gerecht wird. Welchem Dieb ist es denn darum zu tun, die Eigentumsordnung zu mißachten oder speziell sich die Stellung des Eigentümers anzumaßen und dessen Befugnisse auszuüben? Welcher Dieb will denn nur die Sache »als ihm gehörig besitzen«, sie gegen Angriffe von dritter Seite wie ein Eigentümer verteidigen? Es scheint beinahe überflüssig, ausdrücklich hervorzuheben, daß es dem Dieb darum zu tun ist[3]), aus der Sache Nutzen, Vorteil, Gewinn zu ziehen. Statt nun dieses, allen Diebstahlsfällen wesentliches (ja wesentlichstes, weil strafwürdigstes) Element zur Tatbestandsbildung zu verwenden, schaltet es der Formalist gänzlich aus; er hält anscheinend für fruchtbarer, im Rahmen seines nach den Angriffsobjekten orientierten Systems auch die Zueignungshandlung unter Anlehnung an privatrechtliche Begriffe zu bestimmen, und es kann kein wunder nehmen, wenn er zu Umschreibungen gelangt, wie zu dieser: Der Dieb nehme eine Stellung ein, der nur die rechtliche Anerkennung

---

[2]) So zuerst Frank, § 242 VII, zustimmend Harburger, Vgl. Darst. B. VI, 211ff.; dann Graf Gleispach, Die Veruntreuung vertretbarer Sachen (1905), 17ff., v. Pradzynski, Sachbeschädigung und Aneignung (1908) und meine kleine Schrift: Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? (1908), wesentlich zustimmend die eingehenden Ausführungen von W. Zimmer, Der Zueignungsbegriff (1913). Sehr nahe der wirtschaftlichen Auffassung stehen die Ansichten, daß »sich zueignen« bedeutet: a) seinen Zwecken dienstbar machen (Merkel, HRlex., 3. A., 1, 527; v. Liszt, 20. A., § 127 V; Rotering, Ger.S., 36, 528, 530; RG. Goltd. A., 54, 420, RMG., 3, 287; 8, 151, auch 14, 263; 16, 32) oder b) beherrschen zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken (Meyer-Allfeld, 7. A., § 96 V) oder c) in das Vermögen bringen (RG., 11, 240; 35, 356; 40, 12; RMG. a. a. O.); beachtlich auch RG., 47, 149 a. E.; Olshausen a. a. O. und Rüdorff-Stenglein zu § 242.

[3]) Die Formalisten können einwenden, die hier vertretene Ansicht berücksichtige in unzulässiger Weise den Endzweck des Diebes oder sein Motiv, die natürlich wirtschaftlicher Art wären, für die Rechtsordnung käme aber ein früherer Zeitpunkt in Betracht, der Dieb wolle zunächst die Sache sein eigen nennen, um sie hernach zu verwerten. — Die späteren Ausführungen des Textes zu Nr. 4 werden ergeben, daß der Zueignungsakt in der Tat auf einen früheren Zeitpunkt zu verlegen, daß er in der Begründung des eigenen Gewahrsams des Täters an der Sache zu erblicken ist. Welcher Art aber dieses tatsächliche Herrschaftsverhältnis ist, das läßt sich nur im Hinblick auf den Endzweck des Diebes bestimmen.

fehle, um Eigentum zu sein. Hier ist zwar genau gesagt, was fehlt, aber nicht, was vorhanden sein muß[4]).

2. Die Sache muß für den Täter wie für den Eigentümer Gebrauchs- oder Tauschwert, mindestens Affektionswert besitzen. Wertlose Sachen in diesem Sinne sind daher keine tauglichen Objekte für Diebstahl und Unterschlagung. Minima non curat praetor.

So erklären sich zwanglos die Fälle der Veräußerung. Wer die Sache entgeltlich veräußert, eignet sich ihren Tausch- (Verkaufs-) Wert an, und für eine wirtschaftliche Auffassung kann es keinen Unterschied begründen, ob der Täter die Sache zuerst an sich bringt, um sie erst später zu verkaufen, oder ob er sie sofort bei der Wegnahme dem Dritten aushändigt — ein Fall, der von der formalistischen, an die Worte »sich zueignen« haftenden Anschauung nicht befriedigend zu behandeln ist. Und wer die Sache verschenkt, verfügt ebenfalls über ihren Verkehrswert; er gewinnt nämlich den von ihm gewünschten Wert aus der Sache insofern, als durch ihre unentgeltliche Hingabe das empfundene Verlangen, dem anderen eine Freude zu bereiten, eine Aufmerksamkeit zu zeigen, eine Wohltat zu erweisen u. dgl., befriedigt wird. Deshalb entfällt aber die Zueignung, wenn die Sache von dem Täter an den Dritten lediglich zu dem Zwecke weitergegeben wird, damit dieser sie vernichtet (Anstiftung oder Beihilfe zur Sachbeschädigung).

3. Damit eine Sache jemandem von Wert ist, muß dieser nicht nur ein entsprechendes Bedürfnis empfinden (oben zu 1) und muß die Sache objektiv geeignet sein, dieses Bedürfnis zu befriedigen (oben zu 2), sondern es muß auch ein gewisses räumliches Verhältnis der Person zur Sache bestehen: entweder muß der Wertträger die Sache im Besitz (Gewahrsam) haben, oder es muß für ihn die nahe Möglichkeit bestehen, den Besitz zu erlangen. Je geringer diese Möglichkeit wird, desto wertloser für ihn wird die Sache, ebenso wie eine Geldforderung an Wert umso mehr verliert, je geringer ihre Beitreibungsmöglichkeit wird. Über die Grenzen zwischen Wert und Unwert mögen hiernach im Einzelfall Zweifel obwalten; ohne dieses Wahrscheinlichkeitsurteil, diese objektive Prognose geht es aber im Wirtschafts- wie im Rechtsleben nun einmal nicht ab.

---

[4]) Eine kurze Bemerkung sei für den philosophisch interessierten Leser beigefügt. Ein methodisches Bedenken mag gegen unsere Ansicht über die Bildung des Zueignungsbegriffs erwachen. Wenn das Recht berufen ist, die Lebensverhältnisse zu regeln — darf dann ein den Lebensverhältnissen (der Materie) angehörendes Element herangezogen werden, um die Regel (die Form) zu erklären? Ja; die theoretische Scheidung von Regelung (Wertung) und Objekt der Regelung bleibt bestehen; die Regel richtet sich nur insofern nach dem Objekt, als sie auf dieses anwendbar sein muß. Deshalb ist unser Begriff nicht lebensfremd, er ist nicht auf Phantome zugeschnitten, sondern auf das vielgestaltige Leben selbst. Und wer etwa meint, die Regel habe im Interesse der Rechtssicherheit von den konkreten Lebensverhältnissen abzusehen, das Recht könne nicht anders, wie die Rechtsfälle schematisch und abgezogen von ihren Besonderheiten zu behandeln, dem sei erwidert, daß das Recht bis zu einem gewissen Grade individualisieren darf und muß, um gerechte Ergebnisse zu verbürgen. Wieweit, darüber der folgende Text.

Von dem eingenommenen Standpunkte erklären sich folgende Fälle. Eine Sache, die ich noch niemals gesehen habe — ich habe sie von einer fern wohnenden, soeben verstorbenen Person geerbt —, kann ein geeignetes Zueignungsobjekt für Dritte sein; hier wird der Erbe regelmäßig mit Besitzerlangung rechnen dürfen. Verlorene Sachen sind dann Gegenstand der Unterschlagung, wenn die Wiedererlangung für den Berechtigten nicht allzu unwahrscheinlich ist. Unter denselben Voraussetzungen kann auch an gestohlenen Sachen ein weiterer Diebstahl verübt werden — gewiß ein befriedigendes, aber vom formalistischen Standpunkt nicht erklärbares Ergebnis, nicht erklärbar deswegen, weil bereits der erste Dieb den Eigentümer »enteignet« hatte[5]).

4. Nicht nur die Sache, auch die Handlung muß objektiv geeignet sein, das Bedürfnis des Täters zu befriedigen. Sie muß die allgemeine Tendenz der Verwertung nach objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil erkennen lassen[6]). Kann es doch dem Rechte nur darauf ankommen, wirkliche rechtswidrige Verwertungen oder solche Handlungen, die diese regelmäßig erwarten lassen, unter Strafe zu stellen, nicht auch Handlungen, die sich nur im Kopfe des Täters als Verwertung darstellen, während sie in Wirklichkeit durchaus harmloser Natur sind — sofern sie sich nicht etwa aus einem anderen, gar nicht hierher gehörigen Grunde als strafwürdig erweisen sollten. Es würde eine Verkennung der Aufgaben der Rechtsordnung bedeuten, wenn der böse Wille bestraft würde, der keinen adäquaten Ausdruck gefunden hat; für die unlautere Gesinnung hat nur die Moral Interesse, nicht das Recht. Dies wird wohl im Grunde allseitig anerkannt; nur wird übersehen, dem objektiven Ausdruck, den der schuldhafte Wille gefunden haben muß, die ihm gebührende Bedeutung beizumessen und objektive Kriterien aufzustellen. Unrichtig ist es daher, wenn man in gewissen Fällen, wie der Verpfändung, der Vermischung, der Zerstörung, sogar der Veräußerung, je nach der Willensrichtung des Täters Zueignung annimmt oder nicht, wenn man dagegen den äußeren Umständen nur die Bedeutung eines Indizes oder eines Symptomes für den Willen zuerkennt[7]). Die Rechtspflege kann unmöglich mit einem subjektiven Prinzip auskommen, und in einer gesunden Praxis wird eine solche grundsätzliche Auffassung schwerlich Anerkennung finden. Wer fremdes Geld in seinen Geldbeutel steckt, wer die entwendete

---

[5]) Auf diese Fälle und ihre Eigenart macht zutreffend Zimmer, 68ff., 80, 92[3] aufmerksam. Ihre Erklärung finden sie aber nach unserem Grundgedanken: der Täter stellt eine Wertbeziehung zur Sache her und schließt hierdurch den Berechtigten von der Verwertungsmöglichkeit aus (Entwertung) oder vermindert die Verwertungsmöglichkeit für ihn noch weiter (Wertminderung). — Das Thema »Gewahrsam« wird hier für die im Text genannten Fälle natürlich gar nicht berührt.

[6]) Das scheint mir in meiner früheren Abhandlung nicht genügend betont. Zutreffend v. Pradzynski, 51 (in dem Falle, wo der dumme Bauer statt mit Seradella mit Sardellen sein Feld bestellt, liegt aber m. E. Sachbeschädigung vor — wenn nicht, wie es scheint, die Zurechnungsfähigkeit fehlt!).

[7]) A. M. für die Verpfändung RG., 26, 230; für die Vermischung RG., 26, 439; über die Zerstörung und die Veräußerung vgl. den späteren Text (S. 290/1, 295).

goldene Uhr verkauft, hat sich die genannten Gegenstände zugeeignet ohne Rücksicht darauf, ob er hier etwa lediglich schädigen (»enteignen«) wollte, wenn überhaupt derlei tatsächliche Feststellungen je einmal getroffen werden sollten. Die Willensrichtung bedarf selbstredend eingehender Berücksichtigung für die Frage, ob die Zueignung vom Täter beabsichtigt, ob sie von seinem Vorsatz umfaßt war, nicht aber für die Untersuchung, ob Zueignung objektiv vorliegt.

Umgekehrt braucht die Verwertung nicht tatsächlich geschehen zu sein; sie mag in ferner Zukunft liegen oder aus Gründen ausbleiben, die von der verbrecherischen Handlung und überhaupt von der Person des Täters völlig unabhängig sind. Regelmäßig — und nur auf die Regel kann es doch für die Bildung von Tatbestandsbegriffen ankommen — interessiert sich die Rechtsordnung nicht für den tatsächlichen Erfolg, sondern für die allgemeine Tendenz der Handlung, die »adäquate Verursachung«[8]). Und aus diesem Grundgedanken ergibt sich: es genügt für die Zueignung, wenn ein Verhältnis zur Sache hergestellt wird, das bei objektiver Beurteilung der konkreten Sachlage auf künftige Verwertung schließen läßt.

So erlaubt regelmäßig ein längerer Besitz, eine längere Vorenthaltung der Sache den Schluß, daß der Täter sie einmal bei passender Gelegenheit verwerten wird; die konkreten Umstände können aber auch derart liegen, daß ein künftiges Wegwerfen oder Vernichten der Sache zu erwarten ist (dann keine Zueignung, weil keine Verwertung), z. B. man legt das entwendete Buch sofort in den Papierkorb, dessen Inhalt von Zeit zu Zeit vernichtet zu werden pflegt. Nun nimmt der Täter oft eine ganze Reihe von Handlungen nacheinander vor, die sämtlich künftige Verwertung erwarten lassen, z. B. er sperrt das ihm zugelaufene fremde Huhn in seinen Hühnerstall, er füttert es, er schlachtet, rupft und bratet es. Dann ist Zueignung immer die erste (!) vom Täter zwecks Verwertung für sich (unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten, vgl. hierüber später) über die Sache vorgenommene Verfügung[9]). Diese Ansicht entspricht u. E. am meisten dem Gesetz, dem Rechtsempfinden sowie dem Sprachgebrauch und ermöglicht zugleich eine

---

[8]) Vgl. die schönen Ausführungen Sigwarts in seiner kleinen, auch für Juristen sehr lesenswerten Schrift »Vorfragen der Ethik«, 2. Aufl., 1907, S. 40ff.

[9]) Dieser Definition hat sich im wesentlichen Zimmer 107/8 angeschlossen. Auf die erste Handlung legt auch Eckstein, Goltd. A., 59 (1912), 416 Gewicht, nach dessen näher GerS. 80 (1913), 283, 297 ausgeführter Ansicht die Zueignungshandlung nur in dem Willen besteht, die Sache als eigene zu haben, während die Strafdrohung an die Betätigung des Willens, d. i. Indizium der Zueignung, anknüpft — danach müßte also die Strafdrohung gegen ein prozessuales Element gerichtet sein und wäre die Ansicht, daß das Verbrechen materiell Handlung (Willensbetätigung) sei, aufgegeben! Die hier abgelehnte Meinung entspricht der von Tesar und Kollmann begründeten eigenartigen Auffassung, das Verbrechen sei ein Schulderkennungsmittel, die Handlung habe nur symptomatische Bedeutung.

befriedigende Behandlung einer Reihe von viel umstrittenen Einzelfragen, wie sofort zu zeigen.

Es scheint uns förderlich, wenn man drei Elemente auseinanderhält. Zeitlich fallen sie oft zusammen, logisch sind sie um so schärfer zu scheiden:

1. die Herstellung des räumlichen Verhältnisses zur Sache, das die Verwertung ermöglicht (d. i. Begründung des eigenen Gewahrsams),
2. die Verfügung, die objektiv auf (künftige) Verwertung schließen läßt (d. i. Zueignung),
3. die Verwertung selbst.

Zeitlich zusammentreffen können einmal die Akte zu 2 und 3; dies ist dann der Fall, wenn der Täter vor der tatsächlichen Verwertung keine andere Handlung, etwa eine Vorbereitungshandlung, vornimmt. Ferner: die Akte zu 1 und 2 fallen zeitlich zusammen in den Fällen des Diebstahls; hier ist die Herstellung des eigenen Gewahrsams zugleich die erste Handlung, die auf Verwertung schließen läßt, und es unterscheidet sich Akt 1 von Akt 2 nur dadurch, daß letzterer zugleich die objektive Prognose der Verwertung enthält, während beide rein äußerlich identisch sind. Für die natürliche Betrachtungsart besteht kein Unterschied zwischen 1 und 2, nur für die juristische (wertende). Anders in den Regelfällen der Unterschlagung[10]). Hier hat der Täter bereits eigenen Gewahrsam und kann der Akt zu 1 nicht mehr in Frage kommen. Gerade in diesen Fällen zeigt sich die Notwendigkeit der Scheidung zwischen den drei Elementen; nur das zweite kann die Zueignung darstellen. Doch ist dies wirklich richtig?

Es taucht das Bedenken auf, ob man nicht etwa in dem dritten Moment (Verwertung) die Zueignung zu erblicken hat. Auch hier verleitet der Diebstahlstatbestand dazu, eine weniger scharfe Begriffsbestimmung zu geben. Da nämlich nach dem Gesetz nur Zueignungs-absicht erfordert wird, so ist es schließlich einerlei, ob man diese bestimmt als die Absicht, ein Verhältnis zur Sache herzustellen, das die Verwertung erwarten läßt, oder als die Absicht der Verwertung selbst. Letztere Definition befriedigt im Gegenteil mehr, und zwar aus zwei Gründen. Sie bringt das Endziel des Diebes deutlicher zum Ausdruck; sodann erscheint in der Definition das Moment der Gewahrsamsbegründung entbehrlich, weil diese schon in dem vom Gesetz erforderten Begriff der Wegnahme enthalten ist. Man mag daher die Zueignungsabsicht für den Tatbestand des Diebstahls in dieser Weise definieren; nur darf man nicht vergessen, daß dann die Zueignung selbst nicht deutlich bestimmt wird. Sich zueignen, aneignen bedeutet schon nach dem Sprachgebrauch ein »an sich bringen«[11]), die Sache muß näher an den betreffenden herangebracht, in seinen Herrschaftsbereich gelangt sein, und es widerstrebt, mit Zueignung einen Akt späterer Verwertung

---

[10]) Für die Fundunterschlagung gilt bei freierer Auslegung des geltenden § 246 RStGB. dasselbe wie für den Diebstahl. Vgl. den späteren Text (S. 294).

[11]) Von neuesten Schriftstellern über diese Materie ebenso Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im VE. (1910), 19, 18, A. 29.



zu bezeichnen, durch den die Sache diese nahe Beziehung zu dem Gewahrsamsinhaber nicht nur ohne innigere Gestaltung lediglich beibehält, sondern sie im Gegenteil oft aufgibt, wie im Fall der Veräußerung der Sache. Ferner trifft für die Unterschlagung der hier abgelehnte Zueignungsbegriff gewiß nicht zu, und das Gesetz kann doch unmöglich einen und denselben Begriff beim Diebstahl in anderem Sinne verwenden wie bei der Unterschlagung[12]). Der Zeitpunkt der Vollendung des letzteren Delikts wird sicherlich zu spät eingesetzt, wenn man erst in der Verwertung der Sache die Zueignung erblickt. Fremdes Geld ist doch nicht erst dann unterschlagen, wenn es verausgabt wird, fremde Genußmittel nicht erst dann, wenn sie verbraucht oder verkauft werden. Dann würde in den meisten unter Anklage gestellten Unterschlagungsfällen nur versuchte Unterschlagung anzunehmen sein.

In der Tat zeigt gerade die so unangenehme Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung der Unterschlagung, wie notwendig es ist, wie oben geschehen, zu unterscheiden und den eigentlichen Zueignungsakt festzulegen in der ersten Handlung, die eine Verwertung erwarten läßt. Das trifft für Diebstahl ebenso zu wie für Unterschlagung. Während beim Diebstahl diese erste Handlung in der Gewahrsamsbegründung zu sehen ist, rückt sie bei der Unterschlagung, wo Gewahrsamsbegründung nicht mehr möglich ist, da der Täter bereits eigenen Gewahrsam hat, einen Zeitpunkt weiter hinaus bis zu der ersten Verfügung, die er über die Sache vornimmt und die den Schluß auf spätere Verwertung zuläßt. Ist die Zueignung hiernach ein objektiv greifbares Ereignis, so läßt sich auch die Frage nach der versuchten Unterschlagung zwanglos erledigen; wenigstens entstehen für sie keine anderen Schwierigkeiten wie für das Problem des Versuchs einer jeden anderen strafbaren Handlung, und es werden alle Unzuträglichkeiten vermieden, die jene bereits oben zurückgewiesene Ansicht gezeitigt hat, nach der schon in der bloßen Änderung der Willensrichtung eine Zueignungshandlung zu sehen ist.

Von diesem Standpunkt aus erledigen sich einige besonders umstrittene Einzelfragen.

Vermischung der fremden Sache mit den eigenen[13]) ist ebensowohl ein Zueignungsakt wie Angebot der Sache zum Kauf[14]); erstere Handlung läßt darauf schließen, daß der Täter die fremde Sache auf dieselbe Weise wie die eigenen, mit denen sie untrennbar vermischt ist, verwerten wird, sei es durch Verbrauch oder Veräußerung, während das Angebot zum Kauf die Veräußerung erwarten läßt. Der Täter wird sich dieser Art der Verwertung für sich auch dann bewußt sein, wenn es ihm in erster Linie darum zu tun ist, den Berechtigten um die Sache zu bringen; diese Handlungen lassen sich eben normalerweise gar nicht anders wie als Vorbereitungen zur Verwertung verstehen, und es muß

---

[12]) Ebenso RG., 47, 149.

[13]) So die h. M.

[14]) Vgl. Olshausen, § 246, Nr. 12; Meyer-Allfeld, § 96 VIII. Nur Versuch nehmen an Haelschner, 2, 351; Frank, § 246 V.

daher sein etwa abweichender Wille als rechtlich unerheblich außer Betracht bleiben. Wie ein Kaufangebot ist aber auch die Gestattung der Wegnahme der Sache durch Dritte Zueignung, nämlich Verfügung über ihren Tauschwert (Verkaufswert); dabei entsteht in dem Falle, daß der Nichtbesitzer die Sache einem gutgläubigen Dritten überweist, die ganz andere Frage, ob man hier noch eine Gewahrsamsbegründung durch den Veräußerer (vertreten durch den Erwerber als sein Werkzeug?) rechtfertigen kann, oder ob man statt des Diebstahls (oder neben ihm?) einen Betrug (gegen den Eigentümer? gegen den Erwerber?) konstruieren soll[15]).

Ableugnung des Besitzes sowie Verbergen und Unkenntlichmachen der Sache sind dagegen nicht notwendig[16]) Zueignungsakte; es gilt hier das über den Besitz Gesagte. Die genannten Handlungen mögen bei eigengearteten Umständen erkennen lassen, daß der Täter die Besitzdauer nur deswegen verlängert, um den Gegenstand bei passender Gelegenheit ungestört zu vernichten; dann gestatten sie nicht einen Schluß auf Verwertung und sind nicht Zueignung. Die herrschende formalistische Lehre müßte hier konsequent stets Zueignung annehmen. Keinesfalls sind sie nur Versuch der Unterschlagung[17]); die Handlungen können aber sehr wohl im Versuchsstadium stehenbleiben (der Täter beginnt, das fremde Geld im Garten zu vergraben).

Auch durch Unterlassung kann die Zueignung begangen werden[18]), und zwar dann, wenn die Verpflichtung zu einer Handlung verletzt wird, etwa zur Herausgabe der Sache oder zur Anzeige des Besitzes. Nicht erst die darauf folgende Verwertung ist der Aneignungsakt. Die Unterlassung der rechtlich gebotenen Handlung kann unmittelbar auf alsbaldige Verwertung oder auf weiteren Besitz zwecks späterer Verwertung schließen lassen. Die Zueignung ist vollendet, wenn die Frist zur Anzeige des Fundes, zur Rückgabe des entliehenen Buches abgelaufen ist. Damit wird letzten Endes nicht etwa in einem psychischen Moment die Zueignung begründet; es tritt lediglich das allgemeine Problem des Unterlassungsdelikts[19]) auf.

Diese Fälle mögen für den Nachweis genügen, daß Zueignung nicht ein Willensmoment, sondern eine Handlung, und zwar nicht eine Kette von Handlungen, sondern immer die erste näher zu bezeichnende

---

[15]) Für Betrug Olshausen, § 242, Nr. 24; Frank, § 242 VI 2; v. Liszt, § 127 IV u. a.; dagegen abgesehen von Meyer-Allfeld, § 97 IV (Begründung eigenen Gewahrsams des Täters nicht erforderlich für Wegnahme! vgl. auch RG., 47, 149): Binding, 278; Harburger, 207; Eckstein, Goltd. A., 59, 418; RG., 48, 59.

[16]) Ebenso Binding, 270; Meyer-Allfeld, § 96 V (jedoch VIII); v. Liszt, § 127 V.

[17]) A. M. Merkel, HH., 3, 708; Frank, § 246 III 2.

[18]) So die h. M.; vgl. Olshausen, § 246, Nr. 17. A. M. Haelschner, 2, 350; Frank a. a. O., der aber doch die »Vorenthaltung« als Zueignung anerkennt; Vorenthaltung ist aber wohl nichts weiter als Nichtrückgabe und weiterer Besitz der Sache ohne positive Handlung.

[19]) Auch die Unterlassung sucht man allerdings mitunter in einem psychischen Element. Beachte Graf Dohna, ZStrW, 27, 333.

Handlung ist; die Frage nach dem Versuch, aber auch nach der Mittäterschaft und der Teilnahme begegnet hier also keinen besonders gearteten Schwierigkeiten. Es ist daher zum mindesten ungenau, Zueignung zu sehen auch in einer »Reihenhandlung«[20]), etwa in dem fortgesetzten Tragen eines fremden Kleides. Nur der erste rechtlich in Betracht kommende Akt macht die Zueignung aus, während die späteren lediglich die Bedeutung von Indizien haben. Als solche beanspruchen sie prozessual für die Feststellung der Zueignung selbst wie auch des erforderlichen Dolus allerdings eingehendste Berücksichtigung.

Eine unmittelbare Folge dieses Zueignungsbegriffs ist, daß die späteren Akte nicht noch einmal als Zueignung anzusehen sind. Schon deswegen kann sich der (in Zueignungsabsicht handelnde) Dieb nicht mit der tatsächlichen Zueignung noch einer Unterschlagung schuldig machen, und man braucht gar nicht zurückzugreifen auf das Erklärungsmittel der Konsumtion eines Strafgesetzes durch das andere, auf dieses Rechtsinstitut, das seine Existenzberechtigung wohl noch nicht recht dargetan hat[21]). Wenigstens scheint mir der Grundsatz selbstverständlich und ausreichend, daß die natürlichen Folgen eines rechtswidrigen schuldhaften Verhaltens nicht noch einmal ein solches darstellen können, wenn nicht eine neue, rechtswidrige schuldhafte Interessenverletzung oder Interessengefährdung eintritt, mögen die Folgen auch einen anderen Verbrechenstatbestand erfüllen. Strafbar ist eben nicht schon, wer einen Tatbestand verwirklicht (die Norm übertritt, die dem Tatbestand zugrunde liegt); es müssen vielmehr auch die »Begriffsmerkmale des Verbrechens« erfüllt sein. Diese materielle Erklärung entspricht doch mehr der Natur der Sache als jene auf die Gesetzeskonkurrenz abstellende Meinung. Ist daher ein Absichtsdelikt unter Strafe gestellt, so kann die Ausführung der Absicht nicht noch einmal bestraft werden[22]). Deshalb ist nicht zu bestrafen die Unzucht mit dem entführten Mädchen, deshalb nicht die Aneignung der gestohlenen Sache (sofern man die Aneignung erst nach Vollendung des Diebstahls eintreten läßt), deshalb auch nicht die betrügerische Verwertung des gefälschten Geldes[23]).

---

[20]) A. M. Binding, 270, Nr. 2 trotz der Bemerkung 268b Abs. 1 a. E.

[21]) Siehe hierüber v. Alberti, GerS., 76, 250ff. und dazu Frank, § 73 VII c γ Abs. 2. — Wenn man meint, Vollendung konsumiere den Versuch, Versuch die Vorbereitungshandlungen, Verletzung die Gefährdung, Zweikampf und Tötung die vorangegangenen Körperverletzungen (v. Liszt, § 56 II 2; Meyer-Allfeld, § 41 I 4 d), so scheint mir hier die Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses ebenso gerechtfertigt, und zum mindesten sind die Grenzen zur Subsidiarität (oder auch zur Spezialität) noch nicht sicher gezogen in den Fällen, wo ein Tatbestand einen anderen enthält (Raub gegenüber Nötigung und Diebstahl), und wo er in einem anderen als Strafschärfungsgrund wiederkehrt (Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung gegenüber dem schweren Diebstahl). Vgl. hierzu Frank a. a. O. (α, β) und allgemein über die Konsumtion Binding, Handb., 1, 363.

[22]) Vgl. hierzu wie überhaupt zur Erklärung ähnlicher Erscheinungen Beling; Lehre v. Verbr., 248, 318. [Vgl. mein Internat. Strafrecht S. 133. — Kohler.]

[23]) Ebenso Graf Dohna in: Aschrott-v. Liszt, Reform, 1, 405.

Und derselbe Gedanke liegt dem hier vertretenen Zueignungsbegriff zugrunde, diesem Begriff, der ja in so manchen anderen Deliktstatbeständen enthalten ist, wie der Untreue, der Wilderei, der Hehlerei[24]), aber auch dem Betruge[25]) und der Erpressung[25]). Hat daher jemand durch eines dieser Delikte sich eine fremde Sache angeeignet (oder in dieser Absicht gehandelt), so ist die natürliche »Nachhandlung«, insbesondere die Verwertung oder die Bereicherung, straflos. Also ist der Verbrauch der ertrogenen Sache nicht Unterschlagung, der Verkauf der unterschlagenen Sache (unter Täuschung über die Berechtigung) nicht Betrug[26]). Die Täuschung (das Ableugnen der Widerrechtlichkeit) entspricht durchaus dem oben behandelten Verheimlichen der Sache, dem Abstreiten des Besitzes; sie sind die natürlichen Folgen der Aneignung und die Durchgangsstadien zur Verwertung, können daher unmöglich neue strafwürdige Elemente enthalten. Aus demselben Grunde macht sich keiner Geheimnisverletzung (§ 299) schuldig, wer den gestohlenen Brief öffnet[27]); die Öffnung ist notwendig, um den Brief so zu verwerten, wie es der Täter bei der Wegnahme beabsichtigte. Und ebenso ist u. U. die Unterdrückung der entwendeten Urkunde (§ 274 no. 1) nicht besonders strafbar, eine solche Handlung kann nichts weiter sein als Verheimlichung des Besitzes der Urkunde zwecks späterer Verwertung. Ganz anders aber, wenn die durch obige Delikte erlangte Sache später vernichtet wird; das ist das Gegenteil der Verwertung und enthält ein neues strafwürdiges Moment, das die weitere Verwertungsmöglichkeit des Gutes aufhebt. Daher macht sich der Dieb, der Betrüger, der Hehler mit der Vernichtung der Sache noch einer Sachbeschädigung schuldig[28]); nur eine formalistische Fassung des Zueignungsbegriffs kann

---

[24]) Dem Zueignen entspricht ja durchaus das »Ansichbringen« des § 259 als die Herstellung der Verfügungsgewalt mit der Möglichkeit, über die Sache gemäß den eigenen Interessen zu verfügen, d. i. sie zu verwerten.

[25]) Soweit die Bereicherung durch die Erlangung einer Sache herbeigeführt wird. Wer sich durch eine Sache bereichert, verfügt damit auch über sie zwecks Verwertung. Der Begriff der Zueignung ist insofern weiter als der der Bereicherung, als letzterer eine Vermögenserhöhung in sich begreift.

[26]) Zu der Frage Frank, § 263 XI 3; Olshausen, Nr. 56; Beling a. a. O., 319; Eckstein, Goltd. A., 59, 422. Eine weitere Vermögensbeschädigung (nach Vollendung der Aneignung) wäre durch Erschwerung des Rückgabeanspruchs möglich, ein Vermögensvorteil wäre durch Sicherung des Besitzes erstrebt (zutreffend RG., 2, 55; 10, 76); trotz Verwirklichung des Betrugstatbestandes liegt aber ein neues Verbrechen nicht vor, wie der folgende Text ergibt. Vgl. auch RG., 39, 244. M. E. ist es einerlei, ob sich der Betrug gegen den Eigentümer der entwendeten Sache oder gegen Dritte richtet.

[27]) Ebenso Frank, § 73 VII 2 c γ.

[28]) Näheres zit. Abh. 107 mit Lit. Nach Frank a. a. O., Abs. 2 ist für die Annahme einer Sachbeschädigung neben dem Diebstahl deswegen kein Raum, weil durch die Bestrafung des Diebes alle Teiläußerungen dieser Schuld getroffen werden. Hiergegen spricht aber, daß den Dieb, der die Sache (gleichzeitig oder später) beschädigt, gerade vom wirtschaftlichen Standpunkt, den Frank doch sonst vertritt (§ 242 VII), ein neues Verschulden trifft; es kann daher sehr wohl ein neuer Strafanspruch erzeugt werden.

dies leugnen. Die Gegner würden aber gewiß Bedenken haben, wenn an Stelle des Diebstahls ein privilegiertes Aneignungsdelikt oder an Stelle der einfachen Sachbeschädigung eine erschwerte Form oder gar eine Urkundenfälschung, Münzfälschung, Brandstiftung, Schiffsversenkung tritt. Derartige neue Interessenverletzungen sind selbständig strafbar, mögen sie auch nichts weiter sein als — um mit den Gegnern zu reden — der Ausfluß des Eigentümerwillens des Diebes. Hier taucht der Gedanke der Konsumtion gar nicht auf, und nicht anders steht es mit der nachfolgenden Sachbeschädigung.

Wir sagten, der erste, rechtlich in Betracht kommende Akt stelle die Zueignung dar. Welcher Akt nun rechtlich in Betracht kommt, ist mitunter von der Gesetzgebung selbst bestimmt. So tritt in den Fällen der Unterschlagung, in denen der Täter Gewahrsam an der Sache noch nicht hatte, also insbesondere bei der Fundunterschlagung, die Zueignung bei strenger Auslegung des geltenden § 246 RStGB. erst um einen Akt später ein, als es sachlich und bei freierer Interpretation gerechtfertigt ist. Läßt nämlich schon die Gewahrsamsbegründung, das Aufnehmen der Fundsache, auf Verwertung schließen — der Täter unternimmt z. B. eine gefahrvolle Klettertour, um das von ihm entdeckte, an einem Strauch auf einem Bergabhang hängende Armband zu gewinnen —, so vollendet sich die Unterschlagung (bei strikter Interpretation des § 246) nicht schon dann, wenn der Täter den Gegenstand an sich nimmt, sondern erst mit der nächstfolgenden Verfügung über ihn, die erkennen läßt, daß der Täter ihn verwerten, also insbesondere nicht wieder wegwerfen oder vernichten will; z. B. er schenkt das Armband seiner Gattin oder legt es zu seinen Schmuckgegenständen in den Kasten zur Aufbewahrung. — Mit Recht wird auf eine Änderung dieses Paragraphen hingewirkt.

Wir unterschieden oben die drei Momente: Gewahrsamsbegründung, Zueignung und Verwertung, und legten dar, daß die dritte Handlung mit der zweiten und die zweite wiederum mit der ersten zeitlich zusammenfallen können. Nun ist aber auch ein solches Zusammentreffen aller drei Momente möglich. Jemand verbraucht fremdes Leuchtgas derart, daß er an einem in fremdem Gewahrsam befindlichen Gasrohr einen Brenner anlegt. Daß in diesen und ähnlichen Fällen Wegnahme der fremden Sache in Zueignungsabsicht vorliegt, haben wir an anderer Stelle nachzuweisen versucht[29]). Und wie es hier keinen Unterschied begründet, wenn Verwertung und Wegnahme derart nahe zusammenrücken, daß sie zeitlich nur eine einzige Handlung bilden, so ist es umgekehrt völlig gleichgültig, ob Vernichtung — dieses Gegenstück der Verwertung — mit der Wegnahme zeitlich zusammenfällt, oder ob diese jener vorausgeht, sei es auch um einen bedeutenden Zeitabschnitt. Selbst in letzterem Falle liegt Sachbeschädigung vor[30]). Es kann keinen Unterschied ausmachen, ob jemand das fremde Schriftstück am Auf-

---

[29]) S. 75 der zit. Abh.

[30]) Vgl. die Nachweise in der zit. Abh. 15ff. Zutreffend v. Lilienthal, ZStW. 32 (1911), 19, 17 no. 62.

bewahrungsort des Berechtigten zerreißt, oder ob er es nach Haus nimmt und dort in den Ofen steckt. Die gegenteilige Annahme würde ein schiefes Verhältnis von Diebstahl und Unterschlagung herbeiführen: Diebstahl läge vor, wenn der Täter noch nicht Gewahrsam an der zu vernichtenden Sache hat, Sachbeschädigung dann, wenn er bereits Gewahrsam hat, denn Unterschlagung würde doch in letzterem Falle gewiß niemand annehmen. Das Merkmal des Diebstahls gegenüber der Sachbeschädigung liegt eben nicht in der Wegnahme, sondern — das fordert schon die Parallele der Unterschlagung — in der Zueignung.

Und gerade hier zeigt sich besonders deutlich die Unhaltbarkeit des formalistischen Standpunktes, nach dem jede Zerstörung, weil Eigentumsausübung, auch Zueignung sein müßte. Das Charakteristikum der Aneignungsdelikte gegenüber der Sachbeschädigung kann aber auch nicht in der Willensrichtung des Täters erblickt werden[31]), sondern nur in dem objektiven Moment der Verwertung. Stets ist zu fragen, ob die Vernichtung der Sache vom objektiven Standpunkt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände als Verwertung auszulegen ist. Daher ist der Verbrauch der verbrauchlichen Güter, d. i. derjenigen, die sich nur durch Aufhebung ihrer bisherigen Substanz verwerten lassen (Feuerungs-, Nahrungsmittel)[32], stets Zueignung. Zu einer unhaltbaren, beinahe lächerlichen Rechtspflege würde es führen, wollte man im gegebenen Falle untersuchen, ob der Täter, der fremde Eßwaren verzehrte, hierbei wirklich Genuß empfand oder aber Widerwillen, und wollte man in dem letzteren Falle Verwertung leugnen; für die Rechtsordnung gilt eben diese Art von Handlungen als Bedürfnisbefriedigung, als Verwertung. Ein normaler Täter würde, falls es ihm ernstlich nicht um Verwertung, sondern nur um Schädigung des Eigentümers zu tun ist, die Nahrungsmittel wegwerfen oder zertreten. Abnormitäten dieser Art sind aber für die soziale Ordnung unbeachtlich.

Wenn man für den Zueignungsbegriff auf den gewöhnlichen, normalen Verlauf der Dinge abstellt, löst sich in befriedigender Weise auch die Streitfrage, ob die Absicht bedingter Zueignung für den Diebstahl ausreicht[33]). Sie reicht aus, wenn der Eintritt der Bedingung nach objektiver Prognose zu erwarten ist. Wenn der rückfällige Dieb vom Richtertisch einen Band Reichsgerichtsentscheidungen entwendet, um

---

[31]) Anders außer den in der zit. Abh. genannten Schriftstellern (S. 24ff.) neuerdings auch Zimmer, 97ff. und Eckstein, Goltd. A., 59, 434.

[32]) M. E. gibt es aber auch Fälle, wo Zueignung und Sachbeschädigung sich begrifflich nicht ausschließen, so der bestimmungswidrige Verbrauch ausdauernder Güter (fremder Bücher, um das Zimmer zu heizen), der übermäßige Gebrauch dieser Güter (eines Pferdes zu einem forzierten Distanzritt, so daß es verendet) und ihre bestimmungswidrige Produktion (jemand zerschneidet eine Damenbluse, um sich eine Krawatte anzufertigen). Hierüber die zit. Abh. insbesondere 95ff., 109ff. sowie v. Pradzynski, 10, 18. Eine andere Frage ist, ob nicht der Sachbeschädigung subsidiärer Charakter gegenüber den Aneignungsdelikten beizumessen ist; vgl. die zit. Abh. 117ff., auch Lehmann, Sachbeschädigung (Strafrechtl. Abh. Heft 119, 1910) 20.

[33]) Verneint von Zimmer, 100 A. 1.

ihn für den Fall zu behalten, daß die Kenntnis des Inhalts ihm bei seinen späteren »Plaidoyers« gute Dienste leistet, andernfalls aber zu vernichten, so dürfte nur versuchte Sachbeschädigung vorliegen — sofern der Täter kein Jurist ist.

Selbstverständlich muß in allen Fällen sich der Täter der Wahrscheinlichkeit späterer Verwertung bewußt sein, soll ein vorsätzliches Aneignungsdelikt vorliegen. Der Nachweis dieses Vorsatzes wird aber von unserem Standpunkte keinen erheblichen Schwierigkeiten begegnen; denn gerade die Kenntnis des Normalen wird bei Zurechnungsfähigen meist vorhanden sein.

5. Zueignung ist endlich nur dann gegeben, wenn die soeben näher bezeichnete Handlung auf eine Entwertung oder Wertminderung der Sache für den Berechtigten (nach objektiver Prognose) schließen läßt.

Wird die Sache im Interesse des Berechtigten vom Täter selbst verwendet, so entfällt die Entwertung und damit die Zueignung. Derselbe Gesichtspunkt ist auch für die Strafbarkeit des furtum usus maßgebend. Denn auf das positive Element der Zueignung darf man hier nicht allein abstellen. Gebrauch ist Verwertung der Sache, und auch die formalistische Ansicht läßt in dieser Hinsicht im Stich: Gebrauch ist Ausübung der Eigentümerbefugnisse; er ist auch, wenn man diese Auffassung wählt, Ausübung der Gesamtheit (!) der Eigentümerbefugnisse, sofern auch der Eigentümer die Sache nur einmal benutzt und dann vernichtet hätte (z. B. ein Kostüm für einen Maskenball). Und die Verwendung der Sache im Interesse des Eigentümers kann ebenfalls eigene Verwertung der Sache durch den Täter sein und ist Ausübung des Eigentumsinhalts wohl stets. Hier verdient aber die insbesondere von Binding herausgearbeitete negative Seite der Aneignung, die sogenannte Enteignung oder Entfremdung der Sache, Berücksichtigung. Jedoch auch sie läßt sich, will man den Tatsachen gerecht werden und zu befriedigenden Ergebnissen gelangen, nur vom wirtschaftlichen Standpunkt betrachten.

Daher schließt die Rückgabe der Sache (auch wenn sie zur Zeit der Tat beabsichtigt war) die Zueignung nicht ohne weiteres aus. Läßt man überhaupt wirtschaftliche Erwägungen auf diesem Gebiete zu, so wird man unbedenklich einen Diebstahl in den vielbesprochenen Fällen annehmen müssen, wo jemand das entwendete Theaterbillett, sei es auch unverändert, nach der Benutzung dem Berechtigten zurückgibt[84]), wo jemand die entwendeten Biermarken nach Empfang des Getränkes an den Gastwirt zwecks Bezahlung zurückgelangen läßt[85]), wo jemand das weggenommene Sparkassenbuch nach Abhebung des Betrages dem

---

[84]) Vgl. Frank, § 242 VII 2aγ; Hoepfner a. a. O.

[85]) Zutreffend RG., 40, 11. Man kann nicht geltend machen, die Marken seien, solange sie der Gastwirt noch im Gewahrsam habe, wertlos und daher kein taugliches Objekt der Aneignungsdelikte. Ihr Wert ist bedingt durch die in seinem Belieben stehende Ausgabe; insofern haben sie schon vor der Ausgabe für ihn Wert. Der Sachsubstanz als solcher wird man allerdings kaum einen Wert beimessen können.

Eigentümer wieder aushändigt[36]). Zu Unrecht trägt man aber Bedenken, der Entwertung die Wertminderung gleichzustellen[37]). Für die Frage, ob Aneignung vorliegt oder nicht, ist es doch wahrlich ohne Belang, ob der Täter den gesamten Betrag des Sparkassenguthabens abhebt oder ob er eine geringe Summe stehen läßt, ob er die entwendete Kurkarte dem Berechtigten nach dessen Abreise vom Kurorte zurücksendet oder zu einer Zeit, wo dieser sie noch ein- oder zweimal benutzen kann. Die Gleichstellung der Entwertung und der Wertminderung wird auch durch das argumentum a minori ad majus aus § 303 RStGB. (Sachzerstörung und Sachbeschädigung) unterstützt[38]) und ist innerlich durchaus gerechtfertigt. Es ist gar nicht einzusehen, weshalb man eine strafrechtliche Reaktion dann nicht für angezeigt halten sollte, wenn der Täter aus irgendwelchen äußeren Gründen den Wert der Sache nicht in vollem Maße ausnutzt; die Intensität des verbrecherischen Willens mag um nichts geringer und der Erfolg beinahe ebenso schwer sein[39]).

So wenig wie dort auf die tatsächliche Verwertung kommt es hier auf die wirkliche Entwertung oder Wertminderung an; die Sache gelangt vielleicht durch Zufall an den Eigentümer zurück. Umgekehrt genügt nicht für die Straflosigkeit des Täters, wenn er die Rückgabe der unversehrten Sache auch noch so redlich beabsichtigt. Sie muß außerdem nach den konkreten Umständen als möglich erscheinen; ist der Täter aber zur Rückgabe außerstande, so ist eben die Entwertung wahrscheinlich, nach objektiver Prognose zu erwarten und liegt daher Zueignung vor. So wenn der Entwender des auf der Straße vor einer Ladentür stehenden Fahrrades dessen Eigentümer gar nicht kennt. Dieser Standpunkt ergibt sich aus unserer Grundauffassung, daß weder der Wille noch der Erfolg, sondern die allgemeine Tendenz (der bei normalem Verlauf der Dinge zu erwartende Erfolg) das Entscheidende ist; er führt u. E. allein zu einer gedeihlichen Rechtspflege. Wie unbefriedigend für das Rechtsgefühl ist es, den Spitzbuben deswegen straflos ausgehen zu lassen, weil, wie unsere Gerichtsurteile oft lauten, die von ihm behauptete Absicht, die Sache zurückzugeben, nicht widerlegt werden konnte! Gewiß läßt sich der wirkliche Wille des Angeklagten schwer feststellen, und gerade die gewissenhaftesten Richter werden hier oft zu Freisprechungen geneigt sein. Verurteilung ist aber geboten, wenn objektive Anzeichen dafür sprechen, daß die Rückgabe

---

36) Vgl. über die reiche Literatur die Nachweise in den Komm. und Lehrb. Am meisten besteht Streit über den Fall der Wegnahme des Sparkassenbuchs. Die Entwendung der Biermarken liegt doch aber nicht anders. Zu Unrecht die verschiedene Behandlung insbes. bei Meyer-Allfeld, § 96 no. 43.

37) Beachte aber RG., 40, 13: »Ist ... die Absicht auf die gänzliche oder teilweise (!) Ausnutzung eines solchen der Sache ... im Wirtschaftsleben tatsächlich beigelegten Wertes gerichtet, so ist die Absicht rechtswidriger Zueignung gegeben.« Dagegen legt RG., 44, 336 Gewicht darauf, ob die Sache wirtschaftlich noch »als dieselbe gilt wie vorher, wenn auch vielleicht mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet«. Dieses Urteil faßt den Begriff der Zueignung zu eng. Ähnlich RMG., 18, 36.

38) Vgl. Zimmer, 104.

39) Näheres über den Gebrauchsdiebstahl vgl. zit. Abh. 80ff.

nicht geschehen kann, etwa daß der Berechtigte unerreichbar oder der Gegenstand unversendbar ist.

Somit ist bereits zu dem bekannten Streit Stellung genommen, ob Zueignung vorliegt, wenn der Täter die Sache einem anderen zum Pfande gibt. Als besondere Form der Veräußerung ist natürlich die Verpfändung Verwertung. Es fragt sich aber, ob die Möglichkeit besteht, daß die Sache an den Eigentümer (ohne Entwertung oder Wertminderung) zurückgelangt. Zueignung ist also ausgeschlossen, wenn der Entwender die Einlösung des Pfandes und die Rückgabe an den Eigentümer beabsichtigt und dazu imstande ist[40]). Die Fähigkeit zur Einlösung wird also bei Vermögensverfall regelmäßig nicht vorhanden sein, dann liegt Zueignung vor. Unerheblich ist, ob der Täter auch die Überzeugung hatte, zur Einlösung imstande zu sein[41]), unerheblich die Einlösung selbst[42]).

Wie die Verpfändung ist endlich auch der Verkauf unter Vorbehalt des Rückkaufs zu behandeln.

Welche Bedeutung kommt dem Zueignungsbegriff de lege ferenda zu? Ist er etwa ganz entbehrlich?

Entbehrlich wird er nicht sein. Werden Diebstahl und Unterschlagung auch zu Bereicherungsdelikten ausgestaltet, so wird er zwar unbedenklich aus dem Tatbestand des Diebstahls ausscheiden können[43]); dagegen läßt sich die Unterschlagungshandlung nur in der Zueignung der Sache erblicken, denn der Zeitpunkt des Eintritts der tatsächlichen Bereicherung wäre kaum einigermaßen sicher zu bestimmen, in vielen Fällen würde vermutlich die Vollendung der Unterschlagung zu spät eintreten. Ferner ist er in den privilegierten Fällen nicht zu entbehren, unter denen gerade ein besonderes Vergehen eigenmächtiger Zueignung[44]) Bedeutung gewinnen würde.

Wenn man unserer Zueignungsdefinition folgt, braucht man Diebstahl und Unterschlagung auch gar nicht zu Bereicherungsdelikten zu erheben[45]); dieser Forderung, die von verschiedenen Seiten an das

---

[40]) Ebenso v. Liszt, § 127 V (Aneignung sei ausgeschlossen, wenn mit der Absicht zugleich die begründete Aussicht rechtzeitiger Einlösung besteht); auch RG. 11, 71. Nach Binding, 269 A. 4 kommen die äußeren Umstände (Sicherheit, Unsicherheit, Aussichtslosigkeit) wenigstens als Indizien für oder gegen die Einlösungsabsicht in Betracht. Ebenso RG., 26, 232 mit weiteren Entscheidungen. Ausdrücklich nur Einlösungsabsicht verlangen Frank a. a. O. und Meyer-Allfeld, § 96 V.

[41]) A. M. RG., 9, 383; Binding a. a. O.

[42]) Ebenso wie die Rückgabe (vgl. dagegen Frank a. a. O.). Sie können auf zufällige Umstände zurückzuführen sein und brauchen auch nicht vom Vorsatz des Täters zur Zeit der Tat umfaßt zu sein. Doch kann dann tätige Reue vorliegen (Binding, 270).

[43]) So mit Recht v. Lilienthal, ZStW., 32, 19, gegenüber GE. (1911), § 297; Österr. VE. (1909), § 335; anders Schweiz. VE. (1908), Art. 83.

[44]) GE. 300, Österr. VE. 345.

[45]) Zu billigen daher unsere geltenden §§ 242, 246 = VE. (1909), 269, 271. Nur dürfte zur Zerstreuung etwaiger Bedenken mit den Kommissionsbeschlüssen die Fassung zu wählen sein: sich »oder einem Dritten« zueignen (vgl. Ebermayer, Entw. eines deutschen StGB. [1914] 75).

künftige Strafgesetzbuch gestellt wird, dürfte bereits der hier vertretene Zueignungsbegriff in den Fällen genügen, wo eine Einengung gegenüber dem jetzigen Rechtszustand gerechtfertigt ist. Hierüber zum Schluß noch einige Worte.

Wer den Diebstahl zum Bereicherungsvergehen machen will[46], beruft sich meist darauf, es sei unbillig und widerstrebe dem Volksbewußtsein, als »Dieb« denjenigen zu bestrafen, der wertlose Sachen, d. h. Sachen ohne Vermögenswert, entwendet, ferner den, der sich als Gläubiger durch die Wegnahme einer Sache für seine Forderung bezahlt machen oder sichern will, und endlich den, der den Wert der weggenommenen Sache zurückläßt. Hier sind aber verschiedene Gesichtspunkte durcheinandergeworfen. Straflosigkeit der beiden letztgenannten Fälle ergibt sich oft daraus, daß dem Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt. Dieser Grund ist der gegenwärtigen Praxis durchaus geläufig[47], und er ist nicht etwa das Aushilfsmittel, dazu berufen, über den Mangel des geltenden Rechts hinwegzuhelfen, sondern entspricht durchaus der wahren Rechtslage. Objektiv ist doch ein gegen fremdes Eigentum gerichtetes, ein Sachverbrechen gegeben, und nur die Schuld kann mitunter fehlen[48]. Es ist dies nicht anders, wie wenn junge Leute fremde Ladenschilder ausheben und später ihren Kameraden als Zeichen ihres Wagemuts zeigen oder als Scherz verwenden[49]. In diesem letzteren Falle liegt Diebstahl objektiv nach jeder der drei Auffassungen vor: Der Täter verfügt über den Gegenstand wie ein Eigentümer, er verwertet ihn (als »Trophäe«, als Scherzartikel oder dgl.), und er bereichert sich durch ihn, da dieser einen Geldwert besitzt und da aus dem Vermögen des Täters ein entsprechender Geldwert dem Berechtigten nicht zurückfließt. Auf die Herbeiführung dieses Zustandes ist auch die Absicht des Täters gerichtet; die »Bereicherungsabsicht« ist nicht hinwegzuleugnen. Woran man aber mitunter — nicht etwa stets — in derartigen Fällen wie in den oben behandelten zweifeln kann, das ist das Vorliegen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Wo dieses dagegen nicht fehlt, verdient solche Auflehnung gegen das Eigentumsrecht, die den Berechtigten um unentbehrliche Sachen bringen kann, nachdrückliche Ahndung. Denn was nützt es dem Eigentümer, wenn ihm der Geldwert zurückgelassen wird, während er im Augenblick oder vielleicht auch für die fernste Zukunft den ihm unersetzlichen Gegenstand mißt?

---

[46]) Neuerdings insbes. v. Lilienthal a. a. O.; Mittermaier, Reform, 2, 348.

[47]) RG., 5, 304; 14, 242. Hiernach schließt bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem die Ersatzabsicht den dolus erst aus, wenn noch die Möglichkeit sofortiger Ersatzleistung hinzukommt. Diese subjektiven Kriterien entsprechen übrigens durchaus den oben von uns für den objektiven Tatbestand aufgestellten Merkmalen; die Ersatzleistung entspricht der Rückgabe der Sache.

[48]) Nicht zu billigen ist wohl die Bemerkung Mittermaiers, 348, die meisten Qualifikationen des Diebstahls paßten nicht auf die beiden auszuscheidenden Fälle.

[49]) Ein von v. Lilienthal, 22 als Beleg gerade für seine Ansicht angeführtes Beispiel.

Damit ist zugleich der Gesichtspunkt für den ersten der oben genannten Fälle berührt. Die Rechtsordnung käme den Bedürfnissen der Menschen wenig entgegen und entspräche nicht sehr den Anschauungen der gegenwärtigen Kultur, wenn sie ideellen Werten in geringerem Maße ihren Schutz verliehe als Geldwerten. Mit nichten sollen Strohhalmaffären als Diebstähle abzuurteilen sein. Aber die Sachlage verschiebt sich sofort, wenn der entwendete Gegenstand gerade für den Berechtigten und für den Täter von unschätzbarem, wenn auch nicht in Geld umsetzbarem Wert ist. Man denke an wichtige Beweisurkunden, wertvolle Andenken an Verstorbene, Familienbilder, Kunstgegenstände. Wer solcherlei Dinge sich aneignet, handelt oft strafwürdiger, als wenn einige Pfennige oder Postwertzeichen genommen werden. Glücklicherweise werten wir auch unsere Sachgüter nicht allein nach dem Gelde.

Den Diebstahl als Bereicherungsdelikt aufzufassen, lehrt uns auch weder die Geschichte noch die Rechtsvergleichung[50]), und selbst wenn sie es täten, würde dies die Richtigkeit dieser Ansicht nicht erweisen, sobald unsere Kulturanschauungen zu der Zeit und in dem Lande, für die ein neues Strafgesetzbuch geschaffen werden soll, das Gegenteil fordern.

Für die Richtigkeit unseres Zueignungsbegriffes können wir uns allerdings auf die Rechtsgeschichte und auf die vergleichende Rechtswissenschaft gar nicht berufen, denn — er hofft sich erst durchzusetzen.

Vereinbarungen in Privatklagesachen.

Von Dr. Knipschaar, Rechtsanwalt beim OLG. Cöln.

I. Begriff und Name.

Nicht selten kommt in Privatklagesachen vor oder nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien eine Einigung in der Weise zustande, daß der Klageberechtigte die Unterlassung oder Rücknahme der Privatklage zusagt, während der Beschuldigte irgendwelche Gegenleistung, z. B. die Zahlung einer Geldsumme zu gemeinnützigen Zwecken oder bei einer Ehrenkränkung die Rücknahme der Beleidigung verspricht.

Bisher sind derartige Vereinbarungen nicht nur in der Literatur[1]) und

---

[50]) Vgl. hierzu außer Harburger a. a. O. insbes. v. Lilienthal, 2, 13. Der Umschwung der älteren, noch den animus lucri faciendi fordernden Anschauung macht sich seit Klien (1806) bemerkbar.

[1]) Vgl. z. B. die Kommentare von Löwe (Anm. 5a) und Stenglein (Anm. 4) zu § 420 StPO., die Erläuterungen von Christiani, Florschütz und Halle zur Preuß. Schiedsmannsordnung, die Sonderabhandlungen von Debler (Dissertation über § 420 StPO., Tübingen 1907) und Moellenhoff (Die Zulässigkeit und Wirksamkeit des Vergleichs über Beleidigungen und Körperverletzungen im Strafverfahren, Bonn 1893), sowie die Aufsätze von Blanckmeister (Recht, 1904, S. 492), Blome, Fritze und v. Kujawa, (Goltd. Archiv, Bd. 41, S. 24; Bd. 51, S. 292; Bd. 52, S. 57).

Rechtsprechung[2]), sondern auch in der Gesetzgebung[3]) stets als Vergleiche bezeichnet worden.

Diese Begriffsbestimmung entspricht aber nicht dem Wesen des Vergleichs, unter dessen Begriff sowohl im bürgerlichen als auch im öffentlichen Recht nur solche Verträge fallen, durch die der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.

Bei den Vereinbarungen in Privatklagesachen ist dagegen in vielen Fällen die Frage der Bestrafung des Täters, die durch das Abkommen erledigt werden soll, zwischen den Parteien überhaupt nicht streitig oder ungewiß. Die Einigung beruht vielmehr sehr oft gerade auf der beiderseitigen Gewißheit, daß die Durchführung des Privatklageverfahrens zur Bestrafung des Beschuldigten führen muß. Schon aus diesem Grunde läßt sich nicht jede Einigung in einer Privatklagesache ohne weiteres als Vergleich bezeichnen.

Aber auch dort, wo die Parteien über die Bestrafung des Beschuldigten im Streit oder Zweifel sind, würde der Begriff des Vergleichs nur zutreffen, wenn sich diese Uneinigkeit auf ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis beziehen, die Bestrafung also der Ausfluß eines dem Privatklageberechtigten zustehenden jus puniendi sein würde. Die Privatklagebefugnis bedeutet aber nur das — prozessuale — Recht auf Walten der Gerichtsbarkeit. Der materielle Strafanspruch steht dagegen in Privatklagesachen ebenso wie bei allen übrigen Delikten ausschließlich dem Staate zu[4]).

§ 420 StPO., aus dem man im allgemeinen ohne weiteres die Zulässigkeit eines »Vergleichs« in Privatklagesachen folgert[5]), gibt keineswegs einen Anhaltspunkt für die Annahme, das Gesetz habe in dieser Bestimmung, wenigstens mittelbar, einen Strafanspruch des Privatklageberechtigten anerkannt. Denn die Vorschrift, daß die Erhebung einer Privatklage gegen einen Einwohner desselben Gemeindebezirks wegen Beleidigung erst zulässig ist, nachdem vor der Vergleichsbehörde die Sühne vergeblich versucht ist, rechtfertigt nur den

---

[2]) Vgl. z. B. das Urteil des OLG. Stuttgart vom 18. April 1912 (DJZ. 1912, S. 696).

[3]) So verweist § 420 StPO. den Privatklageberechtigten in bestimmten Fällen vor Erhebung der Privatklage an eine »Vergleichs«-Behörde. Ebenso sprechen die Preuß. Schiedsmannsordnung, die Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses und der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung von einem »Vergleich« in Privatklagesachen.

[4]) Anderer Ansicht Moellenhoff und Freudenstein, System des Rechts der Ehrenkränkungen (Hannover 1890), die bei den Privatklagedelikten schon deshalb ein privates Recht auf Strafe annehmen, weil diese Delikte zugleich Antragsdelikte sind. Freudenstein vertritt nämlich (S. 101) die Ansicht, bei den Antragsdelikten habe der Staat das jus puniendi auf den Antragsberechtigten übertragen. Nicht so weit geht Moellenhoff, der das Antragsrecht als ein »mittleres Gebilde« bezeichnet, das zwischen dem privaten und öffentlichen Recht in der Mitte steht. Doch nimmt auch er an, daß »bezüglich der Zulässigkeit des Vergleichs der privatrechtliche Charakter entscheidend sei«.

[5]) Z. B. Olshausen (Anm. 20 zu § 64 StGB.); Löwe (Note 5c zu § 420). Mit näherer Begründung: Fritze und v. Kujawa a. a. O.



Schluß, daß im Gesetz die friedliche Erledigung jeder Privatklagesache erstrebt, also auch für berechtigt gehalten wird. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Einigung gerade die Gestalt eines Vergleichs haben muß. Denn die friedliche Erledigung einer Privatklagesache läßt sich nicht nur dadurch erzielen, daß der materielle Strafanspruch unmittelbar aufgehoben wird, sondern kann auch in der Weise erreicht werden, daß der Klageberechtigte eine nur obligatorisch wirkende Verpflichtung zur Unterlassung der Privatklage übernimmt. Wenn auch in § 420 StPO. von einer »Vergleichs«-Behörde gesprochen wird, so läßt sich doch nicht annehmen, daß mit diesem einen Wort der Grundsatz des staatlichen Strafrechts durchbrochen und das jus puniendi in Privatklagesachen dem Klageberechtigten eingeräumt werden soll. Viel wahrscheinlicher ist es, daß hier nur ein Fehlgriff im Ausdruck vorliegt.

Um in Zukunft jedes Mißverständnis zu verhüten, empfiehlt es sich, bei Beratung des Entwurfs zur neuen StPO., der ebenfalls (z. B. in § 383) von einem »Vergleich« in Privatklagesachen spricht, den Ausdruck zu vermeiden.

Allerdings begegnet die Wahl einer anderen Bezeichnung insofern Schwierigkeiten, als die Vereinbarung unter keinen der in der Rechtsordnung aufgestellten Vertragstypen fällt, sondern einen Vertrag eigener Art darstellt.

Am besten wird man dem Inhalt und Wesen des sogenannten »Vergleichs« in Privatklagesachen gerecht, wenn man ihn mit allen übrigen Vereinbarungen, die eine Abwendung der staatlichen Strafe bezwecken, zu einer begrifflichen Einheit zusammenfaßt.

Insbesondere würden unter diese Gruppe auch die Vereinbarungen fallen, in denen dem Täter die Unterlassung oder Rücknahme des Strafantrages versprochen wird. Trotz ihres mannigfachen Inhalts tragen alle diese Verträge ein gemeinsames Merkmal: sie sollen die gesetzliche Strafe ausschalten und die für die Parteien maßgebende Sühne der Tat darstellen. Von diesem Gesichtspunkte aus trifft man am besten den Inhalt und Zweck der neuen Vertragsart, wenn man solche Verträge als »Sühneverträge« bezeichnet. Mag auch der Name in der Rechtssprache noch nicht gebräuchlich sein, so ist er jedoch keineswegs unbekannt. Denn das Gesetz selbst spricht in § 420 StPO. von einer »Sühne« in Privatklagesachen.

II. Bedeutung des Sühnevertrags für das Privatklageverfahren.

Die Beantwortung der Frage, ob schon der Sühnevertrag an sich eine vertragswidrige Einleitung oder Fortführung des Privatklageverfahrens ausschließt oder erst die Erfüllung des Vertrages, also die Unterlassung oder Rücknahme der Klage den Täter vor Strafe schützt, ist in erster Linie davon abhängig, welche rechtliche Bedeutung man dem Privatklagerecht beimißt.

Geht man von der Voraussetzung aus, daß dem Privatklageberechtigten das materielle jus puniendi zusteht, so bedeutet der Sühnevertrag als

wirksamer Verzicht den Untergang des Strafanspruchs. Von diesem Gesichtspunkte aus kommt eine Verurteilung des Täters, die doch nichts anderes als das Bestehen des Strafanspruchs feststellen würde, nach Abschluß des Sühnevertrages nicht mehr in Betracht[6]).

Desgleichen muß man eine unmittelbare Wirkung der Sühne annehmen, wenn man bei den Antragsdelikten, zu denen ja auch die Privatklagesachen gehören, jede — selbst außergerichtlich abgegebene — Erklärung des Antragsberechtigten, nach der der Täter nicht verfolgt werden soll, als »Verzeihung« oder »Verzicht auf das Antragsrecht« in ihrer Wirkung der Unterlassung des Strafantrags gleichstellt[7]). Diese außerordentlich weite Ausdehnung der dem Antragsberechtigten und damit auch dem Privatklageberechtigten eingeräumten Befugnis entbehrt aber der gesetzlichen Grundlage. Sofern man nämlich in dem Antragsrecht nicht die Befugnis erblickt, vom Staate die Bestrafung des Täters zu verlangen, sondern in ihm rechtlich nur die Möglichkeit sieht, die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs durch Unterlassen des Strafantrags zu hindern, muß man — allerdings im Gegensatz zum herrschenden Sprachgebrauch — die Stellung des Antrags als Rechtsverzicht, dagegen die Erklärung, der Täter solle straffrei bleiben, als Ausübung des Hemmungsrechts auffassen. Da aber eine solche Rechtsbetätigung eine Ausnahme von der Regel der staatlichen Strafverfolgung und eine Beschränkung der Staatshoheit bedeutet, kann sie nur in den vom Gesetz in den §§ 61 f. StGB. festumgrenzten Formen ausgeübt werden[8]). In dieser Hinsicht läßt sich das Antragsrecht mit dem Wahlrecht des Staatsbürgers vergleichen. Wie die Wahlbefugnis nur in der vom Gesetz vorgesehenen Weise durch Abgabe der Stimme oder durch den unbenutzten Ablauf der Wahlzeit, nicht aber etwa durch die vorherige Erklärung, man werde nicht wählen, oder durch nachträgliche Rücknahme der Stimme ausgeübt werden kann, so ist auch eine Verfügung über das Antragsrecht nur im Rahmen der §§ 61 f. StGB., also durch Verstreichenlassen der Antragsfrist oder — unter gewissen Beschränkungen — durch Rücknahme des gestellten Antrags zulässig.

Die Sühne in Privatklagesachen läßt also, mag man in ihr auch eine »Verzeihung« oder einen »Verzicht auf das Antragsrecht« erblicken, den materiellen staatlichen Strafanspruch unberührt.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob § 420 StPO. die Annahme rechtfertigt, daß nach Abschluß eines Sühnevertrags die Erhebung der Privatklage oder die Fortsetzung des bereits eingeleiteten Privatklageverfahrens prozessual unzulässig ist.

---

[6]) So in folgerichtiger Durchführung ihrer Auffassung: Freudenstein, v. Kujawa und Moellenhoff a. a. O.

[7]) So v. Bar (Goltd. Archiv, Bd. 17, S. 645); Schwarze, GerS. (Bd. 25S. 257).

[8]) Im Ergebnis übereinstimmend die herrschende Ansicht: z. B. die Kommentare Olshausen (Anm. 49), Frank (Anm. IX), Oppenhoff (Anm. 11) zu § 61 StGB. und die Lehrbücher des Strafrechts von Meyer-Allfeld (§ 47, IV) und v. Luzi (§ 45, V). Desgl. die Urteile des RG. vom 13. Januar 1881 (Entsch. i. StS., Bd. 3, S. 221), 24. Oktober 1898 (Entsch. i. Z., Bd. 42, S. 60) und vom 4. Juni 1910 (Recht, 1910, Beilage Nr. 2436).

Nach dem Wortlaut des § 420 ist nur in bestimmten Fällen — nämlich in Privatklagesachen gegen Einwohner desselben Gemeindebezirks — die Zulässigkeit der Klageerhebung davon abhängig, daß die Sühne vor der zuständigen Behörde erfolglos versucht worden ist. Das Gesetz geht hierbei von der Ansicht aus, daß die friedliche Erledigung einer Privatklagesache der gerichtlichen Entscheidung vorzuziehen ist. Diesem Grundgedanken würde es sicherlich entsprechen, wenn inallen Privatklagesachen ein erfolgreicher Sühneversuch, mag er auch nicht vor der zuständigen Behörde stattgefunden haben, die Klageerhebung unzulässig machen würde.

Für die Verwirklichung dieses Gedankens bieten aber die allgemeinen Rechtssätze überhaupt keine rechtliche Form. Behält man im Auge, daß dem Privatklageberechtigten nicht das jus procedendi, sondern lediglich das prozessuale Recht auf Walten der Gerichtsbarkeit zusteht, so kann es sich bei der Sühne nur um den Verzicht auf dieses jus procedendi handeln. Ob ein solcher Verzicht überhaupt zulässig ist, scheint mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz zwar die Rücknahme der bereits erhobenen Klage, nicht aber den vor Einleitung des Verfahrens ausgesprochenen Verzicht auf das jus procedendi puniendi kennt, recht zweifelhaft. Auf jeden Fall müßte er, da es sich um einen gegen den Staat gerichteten Anspruch handelt, der zuständigen staatlichen Behörde gegenüber erklärt werden. Demnach scheidet eine lediglich unter den Parteien vereinbarte Sühne ohne weiteres aus der Erörterung aus. Bei den vor der zuständigen Behörde abgeschlossenen Sühneverträgen würde sich dagegen die Annahme einer unmittelbaren Aufhebung des Klagerechts rechtfertigen lassen, wenn die Sühnebehörde als Organ des Staates zur Entgegennahme eines Verzichts auf das Privatklagerecht befugt wäre. In dieser Hinsicht bietet aber § 420 StPO. nicht den geringsten Anhaltspunkt.

Mangels einer ausdrücklichen, die prozessuale Wirkung des Sühnevertrages feststellenden Vorschrift erschöpft sich also die Bedeutung des § 420 in der rein tatsächlichen Folgerung, daß die Sühne, sobald sie vor der zuständigen Behörde erfolgt ist, nicht mehr »vergeblich versucht« werden kann und deshalb die Erhebung der Privatklage in den Fällen des § 420 unzulässig ist. So schließt der mit einem Einwohner desselben Gemeindebezirks über eine Beleidigung vereinbarte Sühnevertrag nicht in rechtlicher, sondern nur in rein tatsächlicher Wirkung die Erhebung der Privatklage aus.

Allerdings wird in solchen Fällen die vertragswidrig erhobene Privatklage schon an einem Formfehler der Klageerhebung scheitern, da die nach § 420, Abs. 1, Satz 2 StPO. erforderliche Bescheinigung darüber, daß die Sühne erfolglos versucht worden ist, der Klageschrift nicht beigefügt werden kann.

Aus dem Fehlen des Negativattestes darf jedoch das Gericht nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß die Sühne überhaupt nicht oder erfolgreich versucht worden ist und deshalb die Erhebung der Klage für unzulässig halten. Denn es besteht auch die Möglichkeit, daß zwar das Negativattest erteilt, gleichwohl aus Nachlässigkeit der Klage nicht beigefügt ist. Es liegt also, soweit das Gericht die Sachlage bei Eingang der Klageschrift überblicken kann, nur ein formeller Fehler der

Klageerhebung vor. Für die Beseitigung dieses Formfehlers hat der Richter in der Weise Sorge zu tragen, daß er auf Grund des § 431 StPO. dem Privatkläger unter Androhung der Einstellung des Verfahrens eine Frist bestimmt, innerhalb deren die fehlende Bescheinigung über den erfolglosen Sühneversuch nachzureichen ist. Nach Ablauf der Frist, die notwendig unbenutzt bleibt, gilt die Klage gemäß § 431, Abs. 2 StPO. als zurückgenommen, worauf das Verfahren durch Beschluß einzustellen ist.

Bei diesem Hergang stützt sich also der Einstellungsbeschluß rechtlich nicht einmal auf das Fehlen der Prozeßvoraussetzung des § 420, sondern ausschließlich auf die vom Gesetz fingierte Rücknahme der Klage, die ihrerseits in dem fruchtlosen Ablauf der Frist zur Beibringung des Negativattestes ihren Grund findet. Die Tatsache, daß ein Sühnevertrag zustande gekommen ist, gelangt überhaupt nicht zur Kenntnis des Gerichts, bildet also sicherlich nicht den Rechtsgrund für die Einstellung des Verfahrens.

Ist dagegen bei Eingang der Klage das Fehlen des Negativattestes übersehen und die Klageschrift dem Gegner zur Erklärung mitgeteilt worden, so wird das Gericht in der Regel durch die Erwiderung des Beschuldigten erfahren, daß in der Sache eine Einigung zustande gekommen ist. Falls auf solche oder andere Weise der Abschluß der Sühne und damit der Mangel der in § 420 aufgestellten Prozeßvoraussetzung gerichtskundig geworden ist, liegt für das Gericht nicht mehr ein bloßer Formfehler, sondern eine unzulässige Klageerhebung vor. Diese Unzulässigkeit ist von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen und dem Verfahren, da der Mangel nicht, wie bei völligem Fehlen eines Sühneversuchs, beseitigt werden kann, sofort ein Ende zu machen.

Die Form, in der dies zu geschehen hat, richtet sich nach der Lage des Verfahrens. Ist das Hauptverfahren noch nicht eröffnet, so muß gemäß §§ 423, 202 StPO. die Klage durch Beschluß zurückgewiesen werden, während nach Beginn der Hauptverhandlung das Verfahren auf Grund der §§ 424, 459 StPO. durch Urteil einzustellen ist.

So beruht auch in den Fällen, in denen das Gericht den Sühnevertrag kennt, die Einstellung des Verfahrens rechtlich nicht auf dem Inhalt des Vertrags, sondern ausschließlich auf dem Fehlen der Prozeßvoraussetzung des § 420.

Diese Vorschrift ist demnach überall dort, wo die Zulässigkeit der Klageerhebung nicht von der Tatsache abhängig ist, daß vor der zuständigen Behörde ein erfolgloser Sühneversuch stattgefunden hat, für die rechtliche Beurteilung der zwischen den Parteien zustande gekommenen Einigung bedeutungslos.

Handelt es sich um eine Privatklage wegen Körperverletzung oder um eine Beleidigungssache zweier Parteien, die nicht in demselben Gemeindebezirk wohnen, so hat der Sühnevertrag, mag er auch vor der zuständigen Behörde getätigt worden sein, auf das vertragswidrig eingeleitete Privatklageverfahren nicht die geringste prozessuale Wirkung.

Eine Bestätigung dieser Auffassung bietet das Zivilprozeßrecht. Allerdings liegt in dem Versprechen, von der Erhebung einer Zivilklage abzusehen oder eine bereits erhobene Zivilklage zurückzuziehen, in der

Regel ein Verzicht auf das der Klage zugrunde liegende materielle Recht, so daß in dem vertragswidrig anhängig gemachten Prozeß die Klage wegen Nichtbestehens des materiellen Rechts abgewiesen werden muß. Läßt aber die Parteivereinbarung ausnahmsweise das bürgerliche Recht unberührt, so erlangt nach der herrschenden Ansicht die Erklärung des Klägers, auf die Fortsetzung des Rechtsstreites zu verzichten, erst mit der tatsächlichen Rücknahme der Zivilklage eine prozessuale Bedeutung. Dieser Grundsatz läßt sich ohne weiteres auf das Privatklageverfahren übertragen, da es sich dort ebenso wie bei der Zivilklage um den Verzicht auf das gegen den Staat gerichtete jus procedendi handelt.

Die Feststellung, daß nicht der Sühnevertrag an sich, sondern nur das hierdurch bedingte Fehlen einer Prozeßvoraussetzung das Privatklageverfahren ausschließt, enthält zugleich die Entscheidung der Frage, ob auch das öffentliche Strafverfahren durch eine Einigung des Privatklageberechtigten mit dem Täter, insbesondere durch einen vor der zuständigen Behörde abgeschlossenen Sühnevertrag, vereitelt wird. Denn die Prozeßvoraussetzung des § 420 kommt nur für das Privatklageverfahren, nicht aber für die Erhebung der öffentlichen Klage in Betracht.

Eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung hatte die Kommission für die Reform des Strafprozesses in Gestalt folgender Ergänzung des § 420 StPO. vorgeschlagen: »Durch das Gelingen des Versuchs (Vergleichsabschluß) wird die im übrigen statthafte öffentliche Klage nicht ausgeschlossen.« Allerdings scheint ein Teil der Kommissionsmitglieder bei der ersten Lesung die Bestimmung als einen Gegensatz zum geltenden Recht aufgefaßt zu haben [9]). Bei der zweiten Lesung ist dagegen deutlich zum Ausdruck gebracht worden, daß auch nach geltendem Recht der Staatsanwalt bei Beleidigungen nicht gehindert werde, die öffentliche Klage zu erheben [10]).

Durch den Sühnevertrag in einer Privatklagesache wird also das Recht des Staates, die öffentliche Klage zu erheben, unmittelbar in keiner Weise berührt. Es kommt nur darauf an, ob dieses Recht nicht mittelbar dadurch ausgeschaltet wird, daß in solchen Fällen ein wirksamer Strafantrag fehlt. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Hat der Privatklageberechtigte schon einen Strafantrag — etwa gelegentlich der erfolglosen Anrufung der Staatsanwaltschaft — gestellt, so bedeutet der Sühnevertrag eine Rücknahme des gestellten Antrages, die, soweit sie zulässig ist und wirksam wird, d. h. zur Kenntnis der zuständigen Behörde gelangt, jede Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft ausschließt.

Ist dagegen der Strafantrag überhaupt noch nicht gestellt, so läßt sich zwar die Sühne als Verzicht auf die künftige Ausübung des Antragsrechts auffassen. Ein solcher Verzicht ist aber, wie oben dargelegt, wirkungslos.

Es besteht demnach die Möglichkeit, daß trotz der Sühne der Privatklageberechtigte Strafantrag stellt und so die Erhebung der öffentlichen Klage ermöglicht.

---

[9]) Vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1905, Bd. 1, S. 301 f. [10]) Protokoll, Bd. 2, S. 59.



In dieser Hinsicht bringt der Entwurf zur StPO. eine dankenswerte Neuerung, da er in seinem § 383, Abs. 3 für die Fälle des jetzigen § 420 StPO. ausdrücklich folgende Bestimmung trifft:

»Ist vor der Vergleichsbehörde ein Vergleich geschlossen worden, so kann nach dessen Ausführung die Klage nicht mehr erhoben, auch ein Strafantrag nicht mehr gestellt werden; ein vorher gestellter Strafantrag gilt als zurückgenommen.«

Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf alle Sühneverträge wäre — allerdings unter Beschränkung auf solche Fälle, in denen die Rücknahme des Strafantrages zulässig ist — sehr zu empfehlen.

Abgesehen von dem Sonderfall des § 420 StPO. kommt also der Sühnevertrag für das Privatklageverfahren erst in dem Augenblick zur Geltung, in dem er durch die Unterlassung oder Rücknahme der Privatklage erfüllt wird. Da aber die Parteien den Täter möglichst sofort der Strafe entziehen wollen, fällt dort, wo die erforderliche strafprozessuale Handlung sogleich vorgenommen werden kann, insbesondere also in den Fällen, in denen die Sühne in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht abgeschlossen wird, die Zwecksatzung mit dem Leistungsgeschäft zeitlich so untrennbar zusammen, daß auch der begriffliche Unterschied zwischen dem obligatorischen Sühnevertrag und dem prozessualen, gleichsam dinglich wirkenden Erfüllungsgeschäft verwischt wird. Die in der Hauptverhandlung abgegebene Erklärung, der Täter solle nicht weiterverfolgt werden, enthält eben zugleich die Rücknahme der Privatklage.

Aus diesem zeitlichen Zusammentreffen darf man aber nicht[11]) den Schluß ziehen, daß der vor dem Gericht abgeschlossene »Vergleich«, d. h. der Sühnevertrag als solcher, das Privatklageverfahren beende. Vielmehr übt auch hier nur das strafprozessuale Erfüllungsgeschäft, die Rücknahme der Klage, nicht aber der Sühnevertrag an sich, eine Wirkung auf das Privatklageverfahren aus.

Andererseits liegt aber in der Gleichzeitigkeit des obligatorischen Sühnevertrages und seiner prozessualen Erfüllung ein begriffbildendes Moment. Beide Geschäfte lassnn sich unter dem Namen eines Sühnevertrages im weiteren Sinne zu einer Einheit zusammenfassen. Ein Vorbild für diese Begriffserweiterung bietet der Vergleich im Sinne des § 779 BGB., der auch an sich ein rein obligatorisches Rechtsgeschäft ist und nur bei gleichzeitiger Erfüllung das Leistungsgeschäft mitumfaßt. Obgleich für die Bildung des neuen Begriffs ein rein zufälliges, äußerliches Merkmal maßgebend ist, gibt eine solche Erweiterung des obligatorischen Vertrages zu keinem Bedenken Anlaß.

Besonderes Interesse bei der Behandlung dieses Sühnevertrages im weiteren Sinne bietet die Frage, ob die Rücknahme der Klage unter einer Bedingung oder Befristung zulässig ist. Denn in den meisten Fällen wird der Privatkläger geneigt sein, die Wirkung seiner Klagezurücknahme von dem Empfang der im Sühnevertrag vereinbarten Gegenleistung abhängig zu machen. Auch wird ein Rechtsanwalt als Vertreter des Privatklägers nicht gewillt sein, die Klage ohne Ermächtigung seines Klienten vorbehaltslos zurückzunehmen.

---

[11]) So Blanckmeister, Recht, 1904, S. 409.

Die Möglichkeit einer solchen Bedingung oder Befristung ist aber mit den Grundsätzen des Prozeßrechts nicht vereinbar. Schon das Gebot möglichster Beschleunigung des Verfahrens verbietet es, einer Partei die Befugnis einzuräumen, den Fortgang des Verfahrens nach Belieben hinauszuschieben. Andererseits läßt sich aber dort, wo eine bedingungsweise Rücknahme der Klage den Interessen des Privatklägers widerspricht, die Zwangslage des Klägers dadurch beseitigen, daß die Verhandlung auf kurze Zeit vertagt wird, damit die Klage im nächsten Termin nach Eintritt der Bedingung vorbehaltslos zurückgenommen werden kann. Zu einer solchen Vertagung ist das Gericht sogar verpflichtet, da sich aus § 420 StPO. ergibt, daß vom Gesetz eine Einigung der Parteien jeder gerichtlichen Erledigung vorgezogen wird. Der Einwand, ein »vom Anfang an unwirksamer Vergleich könne nicht durch die nachträgliche Erklärung des Klägers gültig werden«[12]), ist deshalb verfehlt, weil die in der früheren Verhandlung erzielte Einigung gar nicht »unwirksam« ist, sondern einen vollgültigen Sühnevertrag darstellt, der nur der Erfüllung durch Rücknahme der Klage in der nächsten Verhandlung bedarf.

Da nach dem Willen der Parteien die Straftat durch den Sühnevertrag erledigt werden soll, ist in dem Zurückziehen der Klage auch eine Rücknahme des Strafantrages zu erblicken, so daß nicht nur das Privatklageverfahren beendet, sondern auch jede öffentliche Strafverfolgung ausgeschlossen ist. Allerdings wird in solchen Privatklagesachen, in denen der Strafantrag — wie bei der leichten Körperverletzung — überhaupt nicht oder — wie nach Erlaß eines auf Strafe lautenden Urteils — nicht mehr zurückgenommen werden kann, die Erhebung der öffentlichen Klage durch die Rücknahme der Privatklage nicht gehindert.

Die formell prozeßrechtliche Wirkung der Klagerücknahme und damit des Sühnevertrages im weiteren Sinne ist bestritten.

Auch dort, wo zugleich eine wirksame Rücknahme des Strafantrags vorliegt, läßt sich die Frage nicht unmittelbar aus § 259, Abs. 2 StPO. beantworten[13]).

Denn sobald die Privatklage zurückgezogen ist, fehlt jedem weiteren Verfahren die Grundlage, so daß für eine Entscheidung über das Bestehen des Strafantrags kein Raum bleibt.

Daß aber das Verfahren nicht ipso juro durch die Rücknahme der Klage beendet wird, sondern eine einstellende Entscheidung des Gerichts erforderlich ist, ergibt sich aus der Vorschrift des § 259, Abs. 1 StPO., nach der jede Hauptverhandlung mit Erlaß eines Urteils schließen muß.

Dieses Urteil hat nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 496 StPO. zugleich eine Bestimmung darüber zu enthalten, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind. Für den Inhalt der Kostenentscheidung ist nicht der Sühnevertrag, in dem ja meist der Angeklagte die Prozeßkosten übernimmt, sondern ausschließlich die Vorschrift des § 503, Abs. 2

[12]) So Blanckmeister, Recht, 1904, S. 409.

[13]) § 259, Abs. 2 lautet: »Die Einstellung des Verfahrens (durch Urteil) ist auszusprechen, wenn bei einer nur auf Antrag zu verfolgenden strafbaren Handlung sich ergibt, daß der erforderliche Antrag nicht vorliegt oder wenn der Antrag rechtzeitig zurückgenommen ist.«

StPO. maßgebend, nach der bei Einstellung des Verfahrens die Kostenpflicht den Privatkläger trifft.

Zur Begründung der gegenteiligen Ansicht beruft man sich mit Unrecht auf § 86 GKG [14]). Diese Vorschrift, die als Schuldner der Gebühren und Auslagen »denjenigen bezeichnet, dem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten auferlegt sind oder welcher dieselbe durch eine vor dem Gericht abgegebene Erklärung übernommen hat«, setzt in ihrer zweiten Alternative doch voraus, daß eine gerichtliche Entscheidung über die Kosten nicht ergangen ist.

Die Erörterung der Frage, welche Bedeutung der Sühnevertrag für das Privatklageverfahren hat, führt also zu folgendem Ergebnis:

Abgesehen von dem Sonderfall des § 420 StPO. entbehrt der Sühnevertrag jeder unmittelbaren Wirkung auf das Privatklageverfahren. Sein Zweck wird erst durch das ihm entsprechende strafprozessuale Verhalten des Privatklageberechtigten erreicht. Die in Erfüllung des Vertrages erklärte Rücknahme der Privatklage, die einen Teil des Sühnevertrages im weiteren Sinne bilden kann, hat die gerichtliche Einstellung des Verfahrens zur Folge. In der einstellenden Entscheidung sind die Prozeßkosten ohne Rücksicht auf abweichende Bestimmungen des Sühnevertrages dem Privatkläger zur Last zu legen.

III. Die Verwirklichung des Sühnevertrags.

Wie alle Privatrechte, lassen sich auch die durch den Sühnevertrag begründeten Ansprüche mit Hilfe staatlichen Zwanges nur unter der Voraussetzung verwirklichen, daß sie in einem Vollstreckungstitel festgestellt sind.

Einen solchen Titel bildet nach preußischem Recht schon die vom Schiedsmann über die Sühne aufgenommene Vertragsurkunde.

Denn Preußen hat von dem Vorbehalt des § 801 ZPO. Gebrauch gemacht und in den §§ 32 und 34 der Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 (in der Fassung des Preuß. Ausführungsgesetzes zum Gesetz betreffend die Änderung der ZPO., vom 28. September 1899) bestimmt, daß auch aus den vor dem Schiedsmann abgeschlossenen Vergleichen die Zwangsvollstreckung stattfindet.

Diesen Vorteil genießen aber nur die Vertragsparteien. Dritte Personen, etwa die Wohltätigkeitsanstalt, an die der Täter eine Geldsumme zu zahlen hat, können die ihnen eingeräumten Rechte schon deshalb nicht unmittelbar aus dem Protokoll vollstrecken, weil die erforderliche Ausfertigung gemäß § 29 SchO. nur den Parteien oder deren Rechtsnachfolgern erteilt werden darf.

Wird der Sühnevertrag nicht vor einem Schiedsmann beurkundet, so bedarf es selbst in den Fällen, in denen die Sühne in der Hauptverhandlung vor dem Strafrichter abgeschlossen worden ist, zur zwangsweisen Durchführung der Ansprüche eines Zivilprozesses. Denn für die Aufnahme eines vollstreckbaren Vergleichs im Sinne der § 794 ZPO. ist

[14]) So Freese in Leipz. Z. f. d. ges. StrW., Bd. 5, S. 683 und Beschl. d. OLG. Königsberg vom 17. März 1892, Goltd. Archiv, Bd. 40, S. 642.



im Strafprozeß kein Raum, weil nach den Vorschriften des §§ 271 f. StPO. nur über die »Hauptverhandlung« ein Protokoll aufzunehmen ist. Als prozeßerhebliche Tatsache gehört aber nicht der Sühnevertrag, sondern nur die in ihm enthaltene Zurücknahme der Privatklage zur Hauptverhandlung.

Das Gericht ist daher weder befugt noch verpflichtet, den Inhalt eines in der Hauptverhandlung abgeschlossenen Sühnevertrages in dem Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen.

Sollte trotzdem der Strafrichter bei Aufnahme des Protokolls über die zulässige Grenze hinaus auch den Abschluß und Inhalt des Sühnevertrages beurkundet haben, so würde dieses Protokoll schon deshalb nicht als ein zur Beilegung eines Rechtsstreites abgeschlossener Vergleich im Sinne des § 794 ZPO., Ziff. 1 und 2 anzusehen sein, weil er begrifflich gar keinen Vergleich darstellt.

Ebensowenig bildet das Protokoll über den Sühnevertrag eine vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794, Ziff. 5 ZPO. Falls es sich überhaupt um Leistungen der dort genannten Art, insbesondere um die Verpflichtung des Täters zur Zahlung einer Geldsumme handelt, kommt § 794, Ziff. 5 deshalb nicht in Betracht, weil die Urkunde über diese Verpflichtung nicht in der vorgeschriebenen Form vor einem deutschen Gericht innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse errichtet worden ist. Nach § 167 FGG. sind nämlich für die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts nur die Amtsgerichte zuständig, so daß alle vor den höheren Gerichten getätigten Sühneverträge ohne weiteres ausscheiden. Soweit aber die Protokolle der Schöffengerichte in Betracht kommen, ergibt sich aus der Urkunde, daß sie nicht über das Rechtsgeschäft des Sühnevertrags, sondern über die schöffengerichtliche Hauptverhandlung errichtet worden ist. Denn als Beteiligte sind nicht nur die Vertragsparteien und die Urkundsperson, sondern alle im Strafprozeß mitwirkenden Personen aufgeführt. Da aber das Protokoll über ein gerichtlich beurkundetes Rechtsgeschäft nach den Vorschriften des § 175 f. FGG. eine einheitliche Urkunde darstellen muß, darf es nicht in einem Protokoll ganz anderer Art enthalten sein. Hiervon abgesehen, entbehrt das Hauptverhandlungsprotokoll auch deshalb der erforderlichen Form, weil es nicht, wie es § 177 FGG. fordert, »vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben« ist.

In der Regel müssen sich also die Parteien den Vollstreckungstitel, der zur zwangsweisen Durchführung der im Sühnevertrag begründeten Rechte notwendig ist, im Wege eines Zivilprozesses verschaffen. Die Durchführung dieses Verfahrens bietet, soweit es sich um die Verpflichtung zur Rücknahme der Privatklage handelt, keine Schwierigkeit. Allerdings hält man die Klage auf Rücknahme einer erhobenen Zivilklage für unzulässig. Diese Auffassung läßt sich aber nur deshalb rechtfertigen, weil das Rechtsgeschäft, aus dem sich die Verpflichtung zur Klagerücknahme ergibt, zugleich das der Klage zugrunde liegende materielle Recht aufhebt. Da infolgedessen die Vereinbarung ohne weiteres schon in dem anhängigen Rechtsstreit durch materielle Einwendungen, z. B. durch die Berufung auf einen Erlaß oder eine Stun-

dung, zur Geltung gebracht werden kann, fehlt für die Einleitung eines neuen Verfahrens das Rechtsschutzinteresse. Solche Erwägungen kommen aber für die Klage auf Rücknahme der Privatklage nicht in Betracht. Es liegt daher kein Grund vor, eine solche Klage für unzulässig zu erachten.

Ist die Verpflichtung zur Rücknahme der Privatklage in einem Vollstreckungstitel festgestellt, so ist für die Zwangsvollstreckung nicht § 888 ZPO., der die Möglichkeit der Ausübung eines Zwanges auf den Schuldner vorsieht, sondern die Unterstellung des § 894 ZPO. maßgebend, nach der eine Willenserklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verpflichtet ist, mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Denn aus § 896 ZPO. ergibt sich, daß nicht nur Erklärungen, die dem Gläubiger gegenüber abzugeben sind, sondern auch solche Geschäfte, die gegenüber einer Behörde vorgenommeu werden müssen, unter den Begriff der Willenserklärung im Sinne des § 894 fallen.

Die Privatklage gilt also in demselben Augenblick als zurückgenommen, in dem die Verurteilung zur Rücknahme Rechtskraft erlangt.

Von den mannigfachen Verpflichtungen, die in den verschiedenen Sühneverträgen der Gegner des Klageberechtigten übernimmt, bieten im Vollstreckungsverfahren nur das Versprechen einer Abbitte und die Zusage, einen Widerruf der Beleidigung zu veröffentlichen [15]), besonderes Interesse.

Die Verpflichtung zur Abbitte ist keineswegs, wie Fritze [16]) annimmt, unvollstreckbar. Allerdings versagt hier die Fiktion des § 895 ZPO. Denn die Abbitte bedeutet nicht einen Rechtserfolg, dessen Eintritt vom Gesetz unterstellt werden könnte, sondern einen rein tatsächlichen Vorgang. Die Verwirklichung des Anspruchs kann aber mittelbar durch Geldstrafe oder Haft im Wege des § 888 ZPO. erzwungen werden.

Ebenso wie die Abbitte, stellt auch die Veröffentlichung eines Widerrufs nicht eine Willenserklärung im Sinne des § 894 ZPO., sondern eine an sich rechtlich unerhebliche Tatsache dar. Soll die Veröffentlichung mit Hilfe eines Dritten, etwa einer Zeitung erfolgen, so ist der Anspruch verwirklicht, sobald der Widerruf in der vorgesehenen Weise bekanntgemacht ist. Ob diese Veröffentlichung unmittelbar auf Veranlassung des Schuldners erfolgt ist, oder ein anderer mit dem Dritten, etwa dem Inhaber der Zeitung, den entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat, ist unerheblich. Deshalb kommt hier die Bestimmung des § 887 ZPO. zur Anwendung, nach der Handlungen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, von dem Gläubiger kraft richterlicher Ermächtigung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen sind.

Soll dagegen der Schuldner persönlich, etwa in einer Versammlung, den Widerruf veröffentlichen, so ist der obengenannte § 888 maßgebend.

Der Sühnevertrag in Privatklagesachen läßt sich also, wenn er auch nicht unmittelbar im Privatklageverfahren zur Geltung kommt, wenigstens im Wege des Zivilprozesses verwirklichen.

---

[15]) Die zivilrechtliche Wirksamkeit einer Verpflichtung, die Beleidigung öffentlich zu widerrufen, hat das RG. in seinem Urteil vom 18. Mai 1915 (abgedruckt E. i. Z., Bd. 87, S. 80f.) mit durchaus zutreffender Begründung ausdrücklich anerkannt.

[16]) Goltd. Archiv, Bd. 51, S. 292f.

Alt-Memminger Strafrecht.

Von Dr. Hermann Knapp, Kgl. Reichs-Archivrat in München.

(Vgl. Bd. 63, S. 46.)

II. Das Verfahren.

1. Peinliches Verfahren.

a) Das Übersagen der schädlichen Leute.

Auch das Memminger Strafrecht huldigt hierbei dem für fast ganz Süddeutschland festgestellten Grundsatz: zwei Helfer zur Handhafte, sechs ohne diese [184]).

Memmingen wurden vom Reichsoberhaupt 1286 die Überlinger und 1296 die Ulmer Rechte verliehen, aber selbstverständlich nur diejenigen, welche diese beiden Städte bis dorthin erlangt hatten [185]). Als sie daher 1384 und 1360 mit Leumundsprivilegien begnadet wurden, wonach ihr Rat alle schädlichen Leute bzw. Verbrecher nach lewnte (Leumund) verurteilen und in Rücksicht auf die von ihnen begangene Missetat bestrafen konnten, war Memmingen noch keineswegs zum gleichen Vorgehen befugt. Immerhin befand es sich Ulm gegenüber insofern auf einem fortgeschrittneren Standpunkt, als es wohl schon zu der Zeit, wo Ulm nur Diebe und Räuber übersiebnen durfte, d. h. schon vor 1360 alle schädlichen Leute auf diese Weise überwand. Und dabei wäre es irrig, anzunehmen, daß sich die Urheber des StR. von 1396 bei Darstellung des Verfahrens noch dem starren Formalismus des Übersiebnens beugten. Auch ihnen schien dies nicht mehr zeitgemäß: nicht mehr die ursprüngliche, schlichte Eideshilfe tritt uns aus dem StR. entgegen [186]).

Als schädliche Leute kommen, abgesehen vom Totschläger und wohl auch Notzüchter, wie erwähnt, alle schweren Verbrecher in Betracht »ez sie diubstal, roub, mort, brand oder ander schuld«. Wer gegen einen sch. M. mit Erfolg vorgehen will, muß ihn vor allem »gebunden und gefangen« dem Gericht überliefern und den Fürfang »vergewissen, d. h. durch Stellung von Bürgen sichern. Mit Fürfang bezeichnet man meist die Gebühr für die Gefangennahme oder Beihilfe zu dieser; hier nimmt er aber, wie bei Ruprecht von Freising, die Bedeutung der gewöhnlichen Verbürgung an dafür, daß man den zu Gerichtshanden gebrachten sch. M. auch wirklich gerichtlich übersagen werde. Diese Vorschrift besteht, damit nicht etwa der Kläger einen Schuldlosen überliefert und dann ohne Rücksicht auf die Mißhelligkeiten und Kosten, die er dem Gericht aufgebürdet, auf Nimmerwiedersehen verschwindet. Bei Mittellosigkeit des Klägers wird der Missetäter in der Regel nur dann, wenn sich jener gleichzeitig in Haft nehmen läßt, vom Richter angenommen. Der Fürfang beträgt 20 Pfund; der Bürger wird hierbei dem Ausmann gegenüber nicht begünstigt [187]).

---

[184]) Siehe mein Übersiebnen schädlicher Leute, S. 56, Arch. f. Strafrecht Bd. 62, Heft 3, 305.

[185]) L 4, 1, 6.

[186]) Lünig, Reichsarchiv 14, 541; Ulmer Urkundenbuch 2, II, 523.

[187]) StR. 251, 252; siehe meine Altregensburger Gerichtsverfassung usw. S. 118 und mein Rechtsbuch Ruprechts von Freising als strafrechtl. Quelle, S. 21.



Während es bei Totschlag keines Helfers bedarf, sind zur Überwindung von schädlichen Leuten, je nachdem die Handhafte, der Schub, vorliegt oder nicht, zwei oder sechs Helfer benötigt. Wie der Kläger selbst, so können auch sie nur durch den Nachweis zurückgewiesen werden, daß sie sich in offener Acht oder verkündetem Banne befinden. Eventuell müssen sie sich dessen eidlich »entreden, das sy sich darinne nit wissent ungefarlich«. An sich »sint die geziug nicht anders gebunden ze swerent, denn daz dez klagers ayd rain sie und nit main«, d. h. den gewöhnlichen Helfereid zu leisten. Nun aber kommt das Merkwürdige: Sie schwören erst dann »ob sich die richter erkennent, daz die ziugen genuog darumb geseit haben«. Es werden also vorher jene wie auch andere als Zeugen vernommen, »die süllen denn sagen, waz in von den, die vor gericht gefangen ständ, kund und wissent sie oder was sy von den da ze maul oder vor gehört haben«. Das Verhör gestaltet sich verschieden, je nachdem die Ansprache der sch. L. von Amts wegen, d. h. durch den Stadtkläger oder durch einen einzelnen Bürger oder Ausmann veranlaßt wird. Dem Stadtanwalt ist nämlich, da er ja mit dem Sachverhalt in der Regel nicht so vertraut wie der Privatkläger sein dürfte, ein umfassenderes Recht in Hinsicht auf die Feststellung des Tatbestandes wie auch des Leumunds des Todeskandidaten eingeräumt. Um die hierfür nötigen Zeugen zu beschaffen, kann er an jeden »dingen und wisen«, der im Gericht anwesend ist, also auch an die im Umstand Befindlichen. Die hierzu Aufgeforderten müssen rückhaltlos Auskunft erteilen nicht nur über die Tatumstände, sondern auch über das, was ihnen nur gerüchtweise über den Angeklagten zu Ohren gekommen ist, und ihre Aussage dann beschwören. Wer sich dessen weigert, wird zu 1 Pfund und 1 Jahr verurteilt[188]).

Wenn hiergegen Ausleute oder einzelne Bürger berechten wollen, sollen sie die nötigen Zeugen selbst darstellen. Sie werden also in der Regel nach Helfern trachten, welche zugleich Zeugenqualität besitzen. Aber auch hier können noch andere zur Aussage aufgefordert werden. Vielfach wird freilich die Beschaffung von Tatzeugen, da eben derartige Verbrechen meist nicht in Gegenwart solcher verübt werden, überhaupt nicht möglich sein. Es genügt dann eventuell der vagste Verdacht, oder der Klagbehauptung wird, zumal wenn der Schub vorliegt, ohne weiteres Glauben geschenkt. Diesfalls erweisen sich auch des Klägers Eidgenossen als Helfer im alten Sinn; ihm blind vertrauend, schwören sie ohne Rücksicht auf den Nachweis der Schuld »in seine Seele«. So zumal bei fremden schädlichen Leuten, die man auf der Landstraße aufgegriffen und die schon ihrer Gemeingefährlichkeit wegen besser tot denn lebendig sind[189]).

Wenn nun das Gericht auf Grund der Zeugenvernehmung keineswegs die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen hat, so wird es die Helfer davon abhalten, dem Kläger beizustehen, ja diese werden von selbst dessen Hoffnung zunichte machen. Nun kommt aber die Kehrseite: Halten Kläger und Helfer trotzdem den Armen für

---

188) StR. 251.

189) StR. 251, 252; siehe auch meine Zenten des Hochst. Würzburg 2, 464 ff.



schuldig und leisten sie den Schwur, so sind die Richter bzw. Urteiler zweifellos verpflichtet, das Todesvotum zu fällen und es vollziehen zu lassen. Denn eine Verhinderung des Eides durch das Gericht wie eine Verweigerung des Urteils wäre durchaus unvereinbar mit den Grundsätzen des Anklageverfahrens. Immerhin ist die Verquickung von Helfern und Zeugen, das Hereindämmern einer neuen humaneren Richtung in den düstern, starren Formalismus von nicht geringem Interesse.

Der Kläger, der übrigens bei der Ansprache, wenn er den Namen des Armen nicht weiß, lediglich auf den Mann, der da gebunden und gefangen vor Gericht steht, verweist, schwört nach den Helfern, das heißt seine Hand ist die dritte bzw. siebente. Es hat dies für ihn den Vorteil, daß er seinen Schwur bei Versagen der Helfer nicht vergebens leistete. Den Eid formuliert der Fürspreche, und zwar auf Verlangen des Gerichts eventuell dreimal. Mißlingt es ihm trotzdem, so sucht man im Ring nach einem, der sich hierin als geschickter erweist, schlimmstenfalls macht sich der Ammann selbst an die schwierige Aufgabe. Zweifellos ist dann dafür gesorgt, daß es dem Armen nicht mehr gelingt, dem Versagen der Gegner sein Leben zu danken. Ist endlich jener ohnedies geständig oder überhebt er, jeder Hoffnung auf Rettung entsagend, seine Überwinder des Eides, so steht er dem Übersagten gleich. Man kann auch mehrere schädliche Leute, die an der nämlichen Übeltat beteiligt waren, miteinander berechten.

In Rücksicht auf das Urteil genügt es, daß der Ammann dreizehn fragt; halten dies der Richter oder des Klägers Fürspreche für ungenügend, so soll der Richter weiterfragen. Das Verfahren gestaltet sich also folgendermaßen: Der erste Vorschlag geht vom klägerischen Fürsprechen aus, dann befragt der Ammann eine beliebige Anzahl von Leuten des Gerichts wie des Umstands. Nun wird das Fragen eventuell durch den Richter fortgesetzt. Dieser wird namentlich dann eingreifen, wenn der Todeskandidat Bürger ist und die Entscheidung ungünstig auszufallen droht, während der Fürspreche im Gegenteil darauf bedacht sein muß, dem Kläger zum Sieg zu verhelfen. Sind genug Ansichten erholt, so fällen die Stuhlgenossen den Endentscheid. Man scheint also sehr gründlich zu Werke zu gehen, und doch ist dies alles in der Regel nur inhaltslose Formalität: denn wenn zwei oder sechs untadelhafte Helfer für den Kläger eintreten, so ist des Armen Schicksal ohnedies besiegelt. Möglicherweise wird dann auch noch bezüglich der zu verhängenden Todesart Frage gestellt. Nach baierischem Recht entscheidet hier der Freimann oder Nachrichter. Ein solcher ist im StR. überhaupt nicht aufgeführt; daß aber Ende des 14. Jahrhunderts der Kläger noch selbst die Richtung vollzieht, ist nicht denkbar.

Der Todesstrafen ist bei den verschiedenen Missetaten gedacht worden; die geringeren, wie das Ohrenabschneiden bei nicht todeswürdigem Diebstahl, verhängt nicht das Gericht, sondern der Rat [140]).

Als schädlicher Mann wird auch der offene Ächter behandelt, sofern die Tatsache der Acht durch des Achtgerichts Schreiber oder Buch nachgewiesen ist. Nicht selten wird die Achtverkündung schon vorher an

---

[140]) StR. 252.

die Stadt gesandt mit der Aufforderung, den Ächter bei Betreten festzunehmen, oder durch Rat oder Gericht mittels brieflicher Anfrage festgestellt. Neben den oben angeführten schädlichen Leuten kommt hier auch der Totschläger in Betracht; denn auch er verfällt der Acht, wenn er auf Klage und Ladung nicht reagiert, das heißt, sich weder zur Rechtfertigung noch zur Sühne erbietet. Fremde Gerichte dürfen, wie erwähnt, Memminger Bürger nicht ächten, wohl aber das einheimische. Der gefangene Ächter ist, ob er nun wirklich schuldig oder nicht, von vornherein als verlorner Mann anzusehen. Maßgebend ist die ursprünglich gegen ihn erhobene Klage; er darf nicht versprechen, das heißt sich nicht verteidigen, da er ja zu den rechtlosen Leuten zählt[141]).

Ein willkürliches Eingreifen des Rates in das rechtsgültige Verfahren findet auch eventuell bei Anstellung der Mordklage statt. Dünkt es hier den Freunden bzw. Verwandten des Beschuldigten zweifelhaft, ob diesem auch wirklich die Schuld beizumessen ist und ob nicht nur ein gewöhnlicher Ableib vorliegt, so wenden sie sich an den Rat. Wie dieser dann entscheidet, dabei soll es auch bleiben[142]).

1403 wird endlich das alte Verfahren zu Grabe getragen, da die Ratsgenossen das Privileg erwirken: »daz si alle und jegliche schädliche lüte und personen, mortbrenner, reuber, diebe oder wie die genant sind, die offenlich oder heimlich schedlich lüt sind, die den merern tail des rats nach lünden (Leumund) dunkt und uff ir eide erkennent und sprechent, daz sie schedlich lüt sind und nützer und besser tod sin dann lebend, süllen und mügen umb ire missetat sölche töde anlegen und sie töten nach urteil und ußsprechunge des meren teils dez rats, daz si uff ir eide darumb sprechend, den si billich umb ir missetat liden söllen«[143]).

Haben wir schon früher Äußerungen eines Inquisitionsrechts des Rates wahrgenommen, so tritt dieses jetzt in vollem Umfang in Kraft. Der Rat ist von nun an nicht nur mit der Untersuchung der peinlichen Fälle betraut, wozu ihm der gesamte Apparat des Beweisverfahrens: Schub, Zeugnis, Kundschaft von auswärts, Folter und Indizien zur Verfügung stehen, sondern er vermag auch die Entscheidung der Sache mit Ruhe und Gewissenhaftigkeit zur Reife gelangen lassen. Vermutlich wird, wie zum Beispiel in Nürnberg, von Sitzung zu Sitzung das Fortschreiten der Untersuchung festgestellt und hierbei weitere Weisungen auf Erholung von Kundschaften, Vernehmung von Zeugen und Fortsetzung der Tortur — und auch in Memmingen wurde nach den Ratsprotokollen eifrig gefoltert[144]) — erteilt. Erst wenn alle Zweifel geklärt sind und die Überzeugung von der Schuld gewonnen ist, ruft man den Inhaber des Blutbanns vor den versammelten Rat, wo auch bereits die Parteien mit ihren Fürsprechen seiner harren. Daß der Schlußakt des Dramas wie in andern Städten in den Formen des alten Anklageverfahrens verläuft, ist mehr als wahrscheinlich; zumal anfangs mußte der Rat darauf bedacht sein, dem den Neuerungen abholden Volk gegenüber das frühere Herkommen aufrechtzuerhalten. Freilich treten hierbei keine Helfer mehr auf, sondern an deren Stelle zwei Ratsgenossen, welche die Urgicht, das letzte Geständnis des Todgeweihten, bezeugen. Hierauf folgen

141) StR. 254. 142) StR. 258. 143) L 3, 12. 144) Dobel, 64, 65.

das Urteil des Rats und die Bestätigung desselben durch den Ammann, der dann den Armen zur Richtstatt geleitet und dort nach Ausrufung des Friedgebots den Vollzug überwacht[145]).

So das neue Verfahren, das, abgesehen davon, daß bei der Untersuchung das Laienelement immer mehr durch die »Doctores« in den Schatten gedrängt und die Tortur zur regina probationum erhoben wird, bis zur Carolina von den nämlichen Prinzipien beherrscht ist. Durch diese wird dann die bisher regellose Durchführung des Beweises in strikte Regeln gezwängt, aber auch dem Inquisiten bei irgendwie greifbarem Verdacht um so unerbittlicher mit der Folter zugesetzt[146]).

b) Das Verfahren bei Totschlag.

Wie der Totschläger, falls er nicht geächtet, nicht zu den schädlichen Leuten zählt, so weist auch das gerichtliche Verfahren gegen ihn manche Verschiedenheit von dem gegen sonstige Missetäter auf. Geschieht ein Ableib in oder außerhalb der Stadt, so ruft man die Bürger durch die Sturmglocke zu Gericht; die Bahre mit dem Toten wird herbeigeschleppt, die Wunden werden enthüllt und beschaut. Einer der Sippe des Opfers erhebt nun durch den Mund des Fürsprechers Klage gegen den (oder die) Täter, daß er den, der da vor Gericht »lichig« steht, vom Leben gebracht mit Gewalt ohne Recht bei gutem Gericht, d. h. trotzdem er einen begründeten Anspruch gegen ihn wohl hätte durchsetzen können. Der Büttel fordert hierauf die als Täter Bezeichneten dreimal zur Rechtfertigung auf[147]).

Es sind nun hinsichtlich des Angeschuldigten drei Fälle denkbar: Entweder er ist auf handhafter Tat oder darnach ergriffen; diesfalls vermag er sich nur durch Geltendmachung und Ausführung der Notwehr zu retten. Oder er ist flüchtig bzw. in einer Freistatt gesichert, er ist indes bereit, sich der Sühne zu unterwerfen. Hier gesteht er seine Schuld und läßt sie durch zwei ehrbare Ansager eidlich vor Gericht feststellen. Ist der Täter bekannt, so kann der Tote schon nach der ersten Tagung bestattet werden. Dem der Tötung Bezichtigten steht ferner die Ausführung der Unschuld durch Reinigungseid mit zwei Helfern oder Unterwerfung unter das Ordal des Bahrrechts frei. Reagiert er auf die Klage überhaupt nicht, so trifft ihn die Acht.

Der Notwehr ist bereits gedacht; man erweist sie selbdritt in Abwesenheit des Toten. Der Reinigungseid mit zwei Helfern behufs Unschuldsbeteuerung gelangt nur in dem Fall zur Anwendung, daß sich bereits einer als der Schuldige bekennt, der Kläger aber, da der Tote mehrere Wunden aufweist, noch andere als Mittäter bezeichnet hat. Die Verdächtigen beschwören hier mit zwei Helfern, daß sie an dem Ableib »mit Rat und Tat« schuldlos seien[148]).

Das Bahrrecht endlich greift natürlich nicht Platz, wenn der Angeklagte auf oder nach der Tat festgenommen wurde und überhaupt seine Schuld außer Zweifel steht. Er braucht sich indes keineswegs auf freiem Fuß

[145]) Siehe auch mein Nürnberger Kriminalverfahren, 31 ff.

[146]) 1603 Streit mit dem Abt zu Kempten über das Recht, Verbrecher selbst bestrafen zu dürfen, Urk. Nr. 835.

[147]) StR. 254, 255.

[148]) StR. 255 b.



zu befinden, auch dem Gefangenen steht jene Rechtswohltat an sich frei. In der Regel dürfte es sich um solche Bezichtigte handeln, welche, um etwaigen Angriffen der Sippe zu entgehen, nach Aufleben des Verdachts es für geraten hielten, einstweilen das Weite zu suchen oder sich in einer Freistatt zu sichern. Kommen mehrere in Betracht, so haben sie sich gleichzeitig dem Ordal zu unterziehen.

Die Vorforderung erfolgt dreimal, d. h. an drei verschiedenen Gerichtsterminen, und zwar in Gegenwart der Bahre mit dem Toten. Wer auch dann noch in seinem Ungehorsam verharrt, der gilt ohne weiteres als des Totschlags überwiesen. Wird er ergriffen, so sühnt er mit dem Tode; sonst ist eine Heimkehr, vorausgesetzt, daß er sich mit dem Gericht und der gegnerischen Sippe abgefunden, erst in fünf Jahren möglich. Erklären sich die Verdächtigten indes zur Rechtsausführung bereit, so erteilt man ihnen zum Schutz vor etwaigen Feindseligkeiten Friede und Geleit zum, doch nicht vom Rechten.

Die Formalität des Bahrrechts wickelt sich hierauf auf höchst einfache Weise ab: Ammann und Gericht bestimmen zuerst drei ehrbare Leute, welche eidlich geloben, die Wunden vor und nach der Rechtsausführung der Bezichtigten redlich und ungefährlich beschauen zu wollen. Diese selbst erfolgt an der Bahre, doch wird die Leiche gar nicht berührt, denn der gelehrte, d. h. vorgesagte Eid wird mit aufgehobenen Fingern geleistet. Nun schreitet man zur zweiten Schau; haben sich die Wunden »nit kuntlich verändert«, so sind die Angeschuldigten vor jeder weiteren Ansprache gefeit; andernfalls richtet man Bahre gegen Bahre. Fällt des Überwundenen Haupt, so erläßt man noch ein Friedgebot zum Schutz des Klägers, seiner Freundschaft wie der Schauer, welche die Veränderung der Wunden eidlich konstatierten. Jeder, der an ihnen Rache übt, gewärtigt gleichfalls die Totschlagssühne [149]).

Bekanntlich zählt schon bei Ruprecht von Freising das Bahrrecht zu den verbotnen Gerichten: Niemand kann hierzu gezwungen werden, wer sich ihm jedoch unterwirft, riskiert bei Verkehrung der Wunde den Tod. Doch spielt sich hier der Vorgang auch keineswegs so formlos ab: Nachdem jene mit Wein und Wasser gewaschen, hat der Bezichtigte auf den Knien dreimal um die Bahre zu rutschen, den Toten zu küssen und mit Namen zu nennen und endlich die Schuldlosigkeit zu beteuern. Wie leicht konnte die Wunde durch die Waschung ein anderes Aussehen erfahren und der Schuldige bei der langwierigen Prozedur und Berührung des Toten zum Geständnis gebracht werden [150]). Nach M. Recht schwören ferner dem Anschein nach alle Verdächtigten gleichzeitig an der Bahre. So ist es wohl kaum gemeint, denn wie sollte dann bei ungünstigem Verlauf der wirkliche Täter festgestellt werden? Es wird also einer nach dem andern geschworen haben und jedesmal die Wunde, beschaut worden sein. Dem Bahrrecht können und müssen sich übrigens nach dem StR. Bürger wie Ausleute unterwerfen. Wird ein Bürger des Totschlags an einem Ausmann geziehen, so riskiert er

---

149) StR. 255, 256.

150) Siehe mein Rupr. v. Fr. als strafrechtl. Quelle, 55; siehe meine Ausgabe des Rupr. v. Fr., Art. 6, 272.



nicht das Leben; er wird sich daher nur bei begründeter Furcht vor der Rache der feindlichen Sippe zum Bahrrecht entschließen[151]).

Anders gestaltet sich das Verfahren, wenn einer seinen Mitbürger so weit von der Heimat getötet hat, daß man darauf verzichten muß, den Leichnam hereinzuschaffen. Ist hier der Bezichtigte geständig oder seine Schuld sonst kund und offenbar, so hat er als Täter zu sühnen; andernfalls hängt es vom Ratsentscheid ab, ob ihm überhaupt der Prozeß gemacht werden soll. Wenn es heißt, daß jener nach »kuntschaft, fraug und sag« gefällt werden soll, so deuten letztere, wie erwähnt, auf eine eventuell peinliche Befragung des Beschuldigten und Vernehmung von Zeugen hin. Wir haben es hier also mit der Geltendmachung eines Inquisitionsrechts des Rates zu tun[152]). Der Entscheid desselben ist endgültig, nicht minder in dem Fall, daß der Kläger mehrere der Teilnahme an einem Totschlag bezichtigt und man meint: »ez wäre muotwill«. Wird endlich einer auf den Tod verwundet und Klage auf Mord erhoben, so darf man den Kläger festnehmen und gefangen halten, bis sich der Rat über die Sachlage klar geworden ist. Gewinnt er die Überzeugung, daß nur ein gewöhnlicher Ableib in Frage kommen kann, so verfügt er nicht nur die Freilassung des Täters, sondern er bringt ihn zugleich in Sicherheit[153]).

2. Der Anefang.

Wer einen im M. Gericht anfällt oder in die Stadt bringt, um ihn wegen gestohlnen oder geraubten Gutes zu berechten, hat vor allem den Fürfang (5 Pfund hlr. bei Gewand oder Plunder, 10 Pfund bei Rind, Roß, Silbergeschirr, Kelchen und Kaufmannsware) zu erlegen. Um sich zu rechtfertigen, stellt hierauf der Beschuldigte seinen Schub, d. h. denjenigen, von dem er die Sache angeblich unter gutem Glauben erworben hat; es wird ihm hierfür eine Frist von 6 Wochen 2 Tagen bewilligt. Vermag er ihn »belder« zu stellen, so soll er dies eidlich bekräftigen. Gelingt ihm dies, so sucht der nunmehr die Beklagtenrolle übernehmende Schub einen weiteren Gewährsmann beizubringen. Wenn aber der Schub sich überhaupt nicht einstellt oder seine Beziehung zur Sache leugnet und deren nicht überwiesen werden kann, so muß der Beschuldigte dem Kläger, sofern er sein Anrecht an dem gestohlnen oder geraubten Gegenstand dartut, den Schaden ersetzen. Bei Mißlingen dieses Nachweises muß hiergegen der Kläger seinem Gegner den eventuell erlittenen Nachteil gutmachen.

Die Durchführung des Rechts durch den Kläger erfolgt in der Weise, daß er, wenn es sich um ein Roß oder Rind handelt, Zaum, Sattel und Eisen, sofern sie nicht sein Eigen sind, abnehmen läßt, dann mit der Linken des Tieres rechtes Ohr faßt und mit den Fingern der Rechten schwört, daß jenes ihm oder seiner Gemeinde gehöre und wider Recht dieblich oder raublich entwert worden sei. Zwei ehrbare Leute dienen ihm als Helfer. Gewand usw. soll man dem Gericht vorlegen und in gleicher Weise den Eid leisten. Versagt des ersten Klägers Vorgehen, so kann ein anderer mit besserem Glück das Gut verbieten und be-

[151]) StR. 256, 255b. [152]) StR. 255. [153]) StR. 257, 256b.

rechten. Jeder hat indes den Fürfang zu erlegen, dessen er bei Mißlingen verlustig geht[154]).

3. Verfahren bei Unzucht und Frevel.

a) Nach Stadtrecht.

Hierüber richtet zur Zeit des Stadtrechts im Gegensatz zu später, wo besondere Friedrichter, d. h. Ainiger auftreten, noch der gesamte Rat unter des Bürgermeisters Vorsitz. Daß statt dessen ein aus Ratsgenossen gebildetes besonderes Gericht in solchen Fällen urteilt, scheint nicht wohl glaublich.

Wenn man um Unzucht richtet, heißt es, soll der Bürgermeister oder sein Stellvertreter jedem auf seinen Eid ungefährlich zu klagen gebieten. Kommen solche Vergehen in Betracht, so unterstehen auch Ausleute dem Forum des Rates; sonst nur, wenn sie mit Bürgern in Streit liegen. Dann aber nicht nur in Schuldsachen, sondern auch bei Klagen um liegendes Gut, da ja diesfalls auch Bürger vor dem Rat rechten müssen und nicht an das Gericht, zu dessen Bezirk das Gut gehört, gewiesen werden dürfen[155]).

Die Ladung geschieht durch den Büttel oder seinen Knecht, und zwar unter Augen, d. h. nicht nur zu Haus und Hof, wie dies nach andern Rechten gewöhnlich ausreicht, sondern in Gegenwart des Aufzufordernden. Leistet dieser, ohne aus ehafter Not verhindert zu sein, nicht Folge, so wird er bei Schluß der Ratstagung verurteilt, d. h. er wird behandelt, als ob er die Unzucht, deren er angeklagt wurde, wirklich begangen hätte[156]). Da dem Rat daran gelegen sein muß, daß ihm ja keine Buße entschlüpft, so werden Bezichtigte und deren Gegner auch dann vorgeladen, wenn nur eine vielleicht grundlose Anzeige den Anlaß dazu geboten hat. Deshalb ereignet es sich nicht selten, daß die Erschienenen eidlich bekräftigen müssen, daß ihre Vorladung überhaupt überflüssig war bzw. keine der Parteien an der andern Unzucht verübt habe[157]). Wenn auch für die vor dem Rat Verhandelnden kein Verbot besteht, ihr Anliegen selbst vorzutragen, so scheint man sich doch vor diesem Unzuchtsgericht der Fürsprechen bedient zu haben. Genau ist auch bestimmt, wen man als Beistand mitbringen darf[158]).

Als Beweismittel dienen vornehmlich Zeugen. An sie wird gedingt, d. h. sie werden zur Aussage über den Vorfall aufgefordert. Eine Weigerung ist unzulässig. Sie äußern sich der damaligen Zeugnispflicht gemäß nicht nur über das, was sie selbst gesehen und gehört, sondern was sie auch von andern über das Vorkommnis vernommen haben. Zum Schluß ist die Aussage zu beschwören. Dünkt es dem Rat oder den Fürsprechen, daß einer an Leute dingt, welche weder bei der Unzucht gewesen noch sonst hierüber unterrichtet sein können, so muß dieser eidlich versichern, daß er redlich und ungefährlich dingt, und dann seine Angaben beweisen. Mißlingt ihm dies, so gewärtigt er, wegen Meineids belangt zu werden[159]). Über die Bestrafung für den Fall des

[154]) StR. 249, 250; siehe auch mein Rupr. v. Fr. als strafrechtl. Quelle, 56; meine Ausgabe, 71, 73—76, 78. [155]) StR. 273, 313. [156]) Str. 275. [157]) StR. 274. [158]) StR. 274, 314. [159]) StR. 285, 274.



Wankelmuts beim Schwur oder weil der hierzu Verpflichtete ihn überhaupt nicht zu vollenden wagt, ist bei Versuch berichtet. Dort zieht er sich ein Unrecht (16 hlr.) zu, hier nicht nur die Frevelbuße, sondern er muß obendrein dem klägerischen Anspruch völlig gerecht werden[160]. Natürlich erfreut sich auch die Schau bereits häufiger Anwendung, so bei Abschätzung von Wunden und anderen Verletzungen wie bei Feststellung von Feldschäden. Ist einer des Schadens »gichtig«, d. h. geständig, so bedarf es überhaupt keines Beweises mehr; der Ammann soll ihn hier, wie bei sonstiger Überführung, sofort wegen Unzucht anschreiben und auch zum Ersatz anhalten[161].

Beim Urteilfinden vor Rat oder Gericht darf nur der als Urteiler Gewählte oder ausdrücklich zum Urteilsvorschlag Aufgeforderte die Hand erheben; ein hier unbefugt Handelnder verfällt eines Frevels[162]. Um den Vollzug zu sichern, besteht die Vorschrift, daß die Parteien geloben müssen, Richtung und Sühne zu halten, und sich dem Ratsentscheid nicht nur Bürgern, sondern auch Ausleuten gegenüber zu unterwerfen[163]. Diese, welche bekanntlich bei schwerer Unzucht doppelte Strafe ernten, haben außerdem das Geld zu »vergewisen«, d. h. wo nötig für die rechtzeitige Entrichtung der Buße Bürgen zu beschaffen[164].

An sich genügt zu völligem Austrag eines Handels der Beschluß der Majorität des Rats. Machen sich jedoch Zweifel an der Richtigkeit der Beurteilung geltend, so kann jener in einer andern hierfür anberaumten Ratssitzung nochmals vorgenommen werden. Ein Einwand hiergegen ist nutzlos und strafbar; wie sich dann der Rat entscheidet »daby sol ez beliben[165].

b) Nach dem Ainungsbuch.

Bei der stetigen Mehrung der Geschäfte des Rats in allen Sparten der Polizei oder Verwaltung im damaligen Sinn und, da ja nun nicht nur die peinliche, sondern auch ein großer Teil der bürgerlichen Gerichtsbarkeit in seinen Händen ruhte, schien es geraten, für die Abwandlung der Unzucht- und Frevelfälle ein besonderes Gericht ins Leben zu rufen. Es war dies die Ainung (Einung), das heißt ein durch Übereinkunft mit der Bürgerschaft entstandenes Gericht, während die Ainungs-O. die hierfür vereinbarten Satzungen in sich schließt. Letztere wurde 1460 anscheinend zum erstenmal verfaßt und publiziert und hierauf 1514 und 1525 einigen Abänderungen unterworfen.

Sie stellt sich, da sie sich mit allen dem Stadtfrieden zuwiderhandelnden Brüchen befaßt, als Friedgerichts-O. dar. Sie ähnelt nach mancher Richtung der der Stadt Regensburg nur mit dem Unterschied, daß dort der Blutrichter den Vorsitz führt und auch Totschlag wie andere mit peinlicher Strafe bedachte Delikte zur Aburteilung gelangen[166].

Machen wir uns nun mit dem Inhalt der Ordnung selbst näher vertraut, so treten uns aus ihr vor allem die Ainiger als Friedrichter, deren Zahl 1460 auf drei, später auf fünf und sieben festgesetzt wurde, entgegen. Sie werden alljährlich bei der Ratswahl von neuem von und aus dem Rat erkoren und für ein Jahr auf ihr Amt verpflichtet. Sie bilden ein

---

160) StR. 280. 161) StR. 276. 162) StR. 281 163) StR. 278.
164) StR. 283. 165) StR. 317. 166) L 10 A; siehe mein Alt-Regensburg, 54ff.

Richterkollegium, in dem jeder gleichberechtigt Sitz und Stimme hat; daß sie einen von ihnen zum Obmann ernennen, geschieht nur, um Stimmengleichheit zu vermeiden. Sonstige Vorrechte kommen ihm nicht zu [167]).

Jeder Ainiger, heißt es, soll alle Frevel und Unzucht, welche während des Jahres vorfallen und vor ihm geklagt werden, vor sich fordern und unverzüglich ausrichten. Erweist er sich hierbei nach des Rates Ansicht irgendwie säumig, so büßt er mit 1 Pfund; sollte er die Sache besonders lange und gefährlich hinausziehen, so ist ihm noch härtere Ahndung zugesichert [168]).

Nach Vorladung der strittigen Parteien haben die Männer zu schwören und die Frauen zu geloben, daß sie, solange die Sache bei der Ainung anhängig ist, gegen ihre Widersacher wie die sonst Beteiligten nichts Unfreundliches vornehmen wollen. Ferner verpflichten sie sich, vor dem völligen Austrag keinen »Abschweif« davon zu machen, sondern jederzeit auf Ladung hin gehorsam zu erscheinen, jeden Frevel, den der Gegner begangen, rückhaltlos kundzugeben und, was dann die Ainung auferlegt, getreulich und ungefährlich zu erfüllen [169]).

Leistet jemand dem Gebot der Stadtknechte, vor die Ainung zu kommen, nicht Folge, so sühnt er mit 1 Pfund und 1 Monat. Bei abermaligem Ungehorsam steigt diese Strafe auf 5 Pfund und 3 Monate, und er wird trotzdem zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten [170]).

Wenn ein Ausmann, Einwohner oder Dienstknecht als Kläger oder Beklagter vor der Ainung auftritt, so soll er »Trostung«, das heißt durch Geld oder Bürgschaft Sicherung leisten, daß er dem Ausspruch der Ainung gerecht werden wolle. Vermag er dies nicht, so nimmt man ihn fest und schließt ihn bis zur Erlangung der Trostung in den Keller oder »an ein ander zimblich end«. Auch der, der für ihn vertröstet, das heißt Bürgschaft leistet, wird seiner Haftung vor Austrag der Sache nicht ledig, ja schließlich muß eventuell wegen der erkannten Buße und Strafe von neuem vertröstet werden bzw. der Arme abermals in das Gefängnis wandern [171]).

Jeder Partei ist es an sich verstattet, ihre Sache selbst vor der Ainung »bescheidenlich« zu verfechten. Will oder wagt sie dies aber nicht, so erkiest sie einen von den Ainigern als Fürsprechen. Sie hat diesem mit kurzen Worten die Klage oder Antwort vorzubringen und dessen Erklärung, sofern sie damit einverstanden, »in Fußstapfen zu bekennen«; jene gilt dann als kräftig und beständig, wie der Partei eigne Rede. Der Obmann soll nicht als Fürspreche auftreten; immerhin werden die als solche verwendeten Ainiger als Urteiler fungieren [172]).

Sollte der Kläger nachträglich seine Ansprache zurückziehen oder diese »mindern« wollen, so soll er die Buße, welche der zuerst von ihm angegebene Frevel an sich heischt, selbst erlegen. Falls endlich die Ainiger zu ihrer besseren Information den Vortrag der Klage nochmals verlangen und dies verweigert oder hierbei eine Änderung vorgenommen wird, so zieht sich der Unbotmäßige 2 Pfund und 1 Monat zu [173]).

---

167) L 10 A 1, 2. 168) Ibid. 1. 169) Ibid. 6.
170) Ibid. 2. 171) Ibid. 2.
172) L 10 A 1, 2; L 11, 11, 12. 173) L 10 A 3.

Den Ainigern können Fälle unterlaufen, deren in ihrem Buch nicht gedacht ist. Sie sollen diese dann nach eignem Verständnis nach dem redlichsten und besten »so si dy vernunft weist«, ausrichten. Bei Sachen, die ihnen aber als zu »schwer« dünken, sollen sie von den Stadtvätern Rats erholen. Zieht indes eine Partei eine Sache, die die Ainung selbst hätte erledigen können, willkürlich vor den Rat, so riskiert sie 1 Pfund und 14 Tage, eine verhältnismäßig geringe Strafe[174]).

Der Rat soll auch, heißt es, seinem Eid gemäß den Ainigern, so oft sie dessen bedürfen, hilfreich zur Seite stehen, nicht minder die Bürgerschaft diesen beiden, sofern sie Stöße erhalten oder ihnen Arbeit aufgehalst wird. Denn was ihnen als Vertretern der Gemeinde an Haß und Feindschaft zugefügt wird, soll so behandelt werden, als wäre es jener selbst widerfahren; keiner der Bürger darf sich »davon sondern, noch ziehen«[175]).

In Hinsicht auf den Beweis ist es erfreulich, daß dieser ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Reate von einheitlicher Norm beherrscht ist. Wer den andern »einer Ainung überkommen will«, der muß, sei der Vorfall bei Tag oder Nacht geschehen, zwei ehrbare, unversprochene Mannen als Zeugen ins Treffen führen. War kein Mann bei der Tat zugegen und ereignete sich diese bei Nacht, so genügen zwei oder mehrere Frauen. Ermangelt nun der Kläger der Zeugen überhaupt oder will er sie nicht stellen, so steht dem leugnenden Gegner der Reinigungseid zu, während jener, der sich der Weisung ermessen und ihr nicht gerecht werden konnte, sachfällig und bußwürdig wird. Der Termin, bis zu dem die Weisung erfolgt sein muß, wird durch die Ainiger bestimmt[176]).

Um nun in Kürze über die der Ainung unterstehenden Delikte, welche in unserem strafrechtlichen Teil bereits eingehend gewürdigt sind, zu berichten, so zählen jetzt vor allem die verschiednen Vergehen wider Stadtfrieden und Friedgebot hierher, ferner die stattliche Reihe von Mißhandlungen mit Worten und Werken, wie Fluchen, Schelten, Lügen-Heißen, Ausstoßen schwerer Bezichtigungen, wie des Mordes und Diebstahls, und das Beschütten aus den Häusern. Sodann das frevelhafte Schlagen ohne Waffe, das Haarraufen, Waffenzucken, wie die fließenden, Friedbrech-, Beinschrot- und Lahmwunden. Bei den Beschimpfungen brauchen sich die Ainiger keineswegs an die vorgeschriebene Buße zu halten; sie vermögen sie nach Prüfung der Fälle zu mehren und zu mindern. Mit der Abwandlung der Verletzungen sollen sie die Feststellung des Schadenersatzes verbinden[177]).

Vergreift sich ein Riffian (Zuhälter) oder ein gemeines Weib an einem Bürger oder dessen Gesinde mit Reden und Taten, so urteilen hierüber an sich die Ainiger, in schweren Fällen der Rat[178]). Bei diesem erheben die ehrbaren Ehefrauen Klage, daß ihnen andere Weiber ihre Ehemänner nehmen und »einstossen«. Da sie selbst sich dies nicht gefallen lassen könnten und jene darum zur Rechenschaft ziehen müssen, so komme es leicht zu Freveln und Scheltworten. Die Folge aber davon sei, daß

---

174) Ibid. 3; L 14, 2.
175) L 10 A 4.
176) Ibid. 4.
177) L 10 A 6—8.
178) Ibid. 11.



die Dirnen zu den Ainigern laufen und sie in Strafe bringen. Zum Schutz der Bürgerinnen ergeht hierauf vom Rat das Gebot, daß sie bei Mißhandlung solcher Kebsfrauen in Zukunft von den Ainigern nur ganz gelind bestraft, letztere aber, wenn sich die Verführung der schwachen Ehemänner als »kundlich erfindet«, für immer aus der Stadt geschafft werden sollen[179]).

Es folgen nunmehr die bedenklicheren Delikte des »beratenlichen« Hütens, d. h. Wegwartens mit bewaffneter Hand, das bei Vorfallen von Tätlichkeiten besonders streng geahndet wird, wie des Heimsuchens[180]). Auch das Wehren gegen die Pfändung wie das eigenmächtige Pfänden ohne gerichtliche Hilfe zählen zu den Friedbruchsachen. Die Satzung über das Friedgebot unterscheidet sich nur wenig von dem des StR., doch steht es nunmehr jedem Bürger frei, es zu erlassen[181]).

Noch sei der Spielverbote gedacht, so des Gebrauchs von bösen, geblendeten Würfeln, des Leihens und Pfändens beim Spiel, ferner des frevelhaften Fangens von Tauben, des Schädigens der Felder, des Zechprellens, des Abwendigmachens von Ehehalten und einiger Kaufbeschränkungen, womit die Reihe der Ainungsdelikte beendet scheint[182]). Ist eine Ainung, heißt es, Jahr und Tag ungeklagt gewesen, trotzdem die Parteien in der Stadt weilten, so soll sie es »fürbas« so bleiben[183]).

Den Ainigern ist es endlich zur Pflicht gemacht, Händel armer Leute vor den Rat zu bringen und dort zu vertreten. Mangels eines Ainigers kann dies durch Zunftmeister oder Ratgeben erfolgen. Nicht minder haben jene, wenn ihnen Dinge kundgeworden, die der Stadt oder den Bürgern zum Schaden gereichen könnten, diese dem Rat sofort zu eröffnen[184]).

Festnahme. Geleit.

So rücksichtslos man gegen den Missetäter verfährt, den man zu frischer Tat an wahren Schulden ergriffen, so legt man der Gerechtigkeit wieder Fallstricke dadurch, daß man sonst Festnahme ohne des Rats Erlaubnis mit hoher Strafe bedroht und dadurch dem Täter die Flucht nicht selten ermöglicht. Was soll man dazu sagen, wenn der Rat, wie erwähnt, bei Verwundung auf den Tod den Gefangenen sogar wieder freimacht und in einer Freistatt sichert[185]). Wer einen Bürger willkürlich festnimmt, hat 20 Pfund zu erlegen und für fünf Jahre die Stadt zu verlassen; wer ihn jedoch ohne jedes Recht fängt, um ihn zu schatzen und zu mißhandeln an Ehren, Leib oder Gut, der wird für immer verbannt, seines Bürgerrechts verlustig erklärt, und dazu ist er der Stadt Leibes und Gutes verfallen[186]).

Aber auch den Ausmann darf man nicht ohne der Stadtväter Zustimmung dingfest machen, er erfreue sich des Geleits oder nicht, zu-

179) Ibid. 13. 180) Ibid. 8. 181) Ibid. 10, 9.
182) Ibid. 11, 14, 15, 16. 183) Ibid. 15.
184) Ibid. 30; wenn Parteien ausgerichtet, sollen sie gefragt werden, ob sie keinen Friedbruch begangen; kommt dies später auf, so Strafe vorbehalten nach Ainung oder Erkenntnis des Rats, L 14, 3; die Ainiger führen gleichzeitig die Untersuchung und leiten mit dem Ammann die Tortur, Dobel, 60.
185) StR. 256b. 186) StR. 285, 286.

mal nicht in einem Haus, man habe denn den Bürgermeister, Ammann oder Büttel bei sich. Bei Verfolgung eines Diebes oder Totschlägers auf der Tat indes soll man die Leute anrufen und sie auffordern, das Haus zu umstellen, bis Gerichtshilfe kommt. Wer hierbei zuwiderhandelt, der sühnt mit 10 Pfund und 1 Jahr, nicht minder der, der dem in Begleitung einer Amtsperson das Haus Betretenden die Festnahme verwehrt[187]). Dieselbe Strafe trifft den, der bei amtlichen Verhaftungen von »manschleg und schädlich lüt« auf der Staße hindernd in den Weg tritt oder einem Gerichtsboten, wenn er sich eines Schuldners, dem die Stadt offen verrufen werden soll, versichern will, in die Hände fällt. Auch muß er dem Kläger für ihn gelten. Vergreift er sich obendrein in tätlicher Weise, so wird der Rat auf den eidlichen Nachweis des Büttels hin eine besonders hohe Strafe aussprechen[188]). Kann man den schädlichen Mann, abgesehen vom Fall der handhaften Tat, in der Stadt mit des Rates Willen nicht allein festnehmen, sondern bei Widerstand auch töten, so darf außerhalb der Friedsäulen jeder hierbei mit größter Selbständigkeit verfahren, ja der Rat versichert den Ableiber seines vollsten Schutzes[189]). Eine Ausnahme ist auch Ausleuten gegenüber insofern gesetzt, als sie bei Unzucht und Frevel innerhalb der Friedsäulen von jedermann angefallen und festgenommen werden dürfen, um von ihnen eine Sicherung für die wirkliche Buße zu erlangen. Entwischen sie, so beschlagnahmt man ihr Gut[190]).

Ist durch den Bürgermeister und zwei Ratgeben cder Zunftmeister Geleit erteilt, so riskiert jeder, der den hierdurch Beschirmten mißhandelt, ewige Verbannung. Will aber ein Bürger aus triftigen Gründen solchem Zugeständnis entgegentreten, so kann er dem Rat sein Bedenken eröffnen, worauf dieser das Geleit versagen soll. Der Bürger hat außerdem zweimal im Jahr seine Mahnung vorzubringen. Erteilt man jedoch einem Verbotnen trotzdem wissentlich oder unwissentlich Geleit, so soll er immerhin dessen Schutz genießen und vor jeder Tätlichkeit gefeit sein. Selbstverständlich vergewissert man sich vor jeder Verhaftung, ob der Festzunehmende sich nicht des Geleites erfreut[191]).

Gemäß Privileg von 1471 wird dem Rat das Recht zugestanden, Bürger und Ausleute im Bereich der Stadt auf Anrufen der Gläubiger zu verhaften und zu verbieten[192]). Für sich und seine Gerichtsboten bedingt sich auch der Rat für den Fall, daß bei Festnahme ein Missetäter oder Frevler getötet wird, Indemnität aus[193]). 1413 geraten Landsberger Bürger mit den Memmingern wegen des Anrechts am Harnisch, Roß und der Armbrust eines von ihnen Gefangenen, der dann in Memmingen gerichtet wurde, in Streit. Nachdem sie einen Memminger Bürger festgenommen und geplündert, erklären sie sich nach Abfindung zufrieden[194]).

187) StR. 286. 188) StR. 289. 189) StR. 257.
190) StR. 283. 191) StR. 289. 192) L 4, 116.
193) L 10 G 2. 194) Urk. Nr. 167.

Die Begründung einer sachlichen Zuständigkeit für die Widerklage durch § 428 StPO.

Von Landrichter Dr. Krönig, Hamburg.

Daß § 428 StPO. für die Widerklage die örtliche Zuständigkeit begründet, sofern sie nicht ohnehin vorhanden ist, ist ebenso unzweifelhaft wie unstreitig. Anders liegt er dagegen bezüglich der Frage der sachlichen Zuständigkeit. Sofern diese Frage in der Literatur[1]) überhaupt gestreift wird, geschieht ihre Beantwortung, wie mir scheint, vielfach in unzutreffender Weise, und eine vollständige Bearbeitung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte fehlt m. W. bisher gänzlich.

Praktisch wird die Frage in folgenden Fällen:

I. Wenn der Privatkläger seinerseits der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Strafgerichte nicht unterliegt, weil er

a) der Militärgerichtsbarkeit untersteht, oder
b) ein Exterritorialer,
c) ein Standesherr,
d) ein Mitglied einer landesherrlichen Familie ist.

II. Wenn die Privatklage infolge Zusammenhangs gemäß §§ 3 ff. StPO. vor einem Landgericht oder dem Reichsgericht in erster Instanz zur Verhandlung kommt.

III. Wenn die Privatklage gemäß Landesrechts und § 6 EG. zum GVG. vor einem Schwurgericht verhandelt wird.

Von diesen Fällen hat der zu Ia zurzeit in gewissem Sinne erhöhte Bedeutung. Denn während Privatklagen aktiver Militärpersonen zu den Seltenheiten gehören dürften und in Friedenszeiten auch solche Personen, die der Reserve oder der Landwehr angehören, etwaige Privatklagen nicht gerade während einer militärischen Übung durchgeführt haben werden, hat sich dies während des gegenwärtigen Krieges zum Teil geändert. Denn seine lange Dauer kann es wenigstens für solche Offiziere und Mannschaften der Reserve und Landwehr, die sich längere Zeit in der Garnison aufhalten müssen, wünschenswert machen, etwaige Privatklagen — die meist mit ihrer bürgerlichen Stellung zusammenhängen werden — noch während ihres Militärverhältnisses zur Erledigung zu bringen. Tatsächlich geschieht dies auch nicht selten, und dürften die hier untersuchten Fragen daher zurzeit in besonderem Maße praktisches Interesse haben.

---

[1]) Vgl. außer den Kommentaren und Lehrbüchern insbesondere: Breith, Die Widerklage nach § 428; Breslauer Strafrechtl. Abhdlgn. 1908; Friedrich, Die Befugnis zur Erhebung der Privatklage und Widerklage, Leipziger Diss. 1904; Jonas, Die Widerklage im Strafprozeß, Göttinger Diss. 1893; Lindemann, Die Widerklage nach der StPO., G. A. 51, S. 260 ff.; Nübell, Zur Lehre von der Widerklage, ZStW. 30, S. 720 ff.; Böckel, Die Widerklage in Privatklagesachen; Bayr. Z. 3, S. 81; Bleyer, Zu § 428 StPO., Bayr. Z. 4, S. 41. Ferner Kronecker, Erörterungen über das Privatklageverfahren, G. A. 33, S. 21 ff.; Immler, Besprechung einiger strafprozessualischer Fragen, G. A. 33, S. 162 ff.; Gorden, Beitr. z. Privatklageverfahren, G. A. 45, S. 20 ff.; Kade, Die Privatklage in den Strafprozeßordnungen der Jetztzeit, 1900; Thiersch, Anwendungsgebiet und rationelle Gestaltung der Privatklage, Berlin 1901; Menzel, Die Privatklage, Erlangen 1880.



Ihre Beantwortung erfolgt nun vielfach in dem Sinne, daß durch § 428 StPO. eine sachliche Zuständigkeit, sofern sie nicht ohnehin gegeben sei, nicht geschaffen werden könne [2]).

Eine Begründung für diese wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung sucht man aber vergeblich, und auch die über diesen Punkt sich ausschweigenden Gesetzesmaterialien [3]) bieten für sie keinen Anhalt. Gegen ihre Richtigkeit — wenigstens in der Allgemeinheit, in der sie vorgetragen wird — spricht nun aber folgendes: Auch die unbestrittene Annahme, daß durch § 428 StPO. eine örtliche Zuständigkeit begründet werde, sofern sie nicht schon vorhanden sei, kann doch lediglich aus der Fassung des § 428 hergeleitet werden. Dann aber wird doch gefragt werden müssen, warum dasjenige, was von der örtlichen Kompetenz gilt, nicht in gleicher Weise von der sachlichen zu gelten hat. Denn die ganz allgemeine Fassung des § 428 spricht doch für das eine so gut wie für das andere.

Auch auf § 1 StPO. kann die herrschende Auffassung nicht gestützt werden. Zwar besagt dieser, daß die sachliche Zuständigkeit der Gerichte durch das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt werde, und scheint es demnach auf den ersten Blick ausgeschlossen zu sein, daß § 428 StPO. eine sachliche Zuständigkeit begründen könnte, die nach dem GVG. nicht ohnehin gegeben ist. Tatsächlich schlägt dieser Gesichtspunkt aber nicht durch. Denn genau so gut wie § 428 StPO. — wie unstreitig ist — eine Ausnahme zu den Bestimmungen der §§ 7—21 StPD. bildet, welche die örtliche Zuständigkeit regeln, kann § 428 zugleich auch eine Ausnahme von § 1 StPO. darstellen, der, wie die §§ 3 bis 5 StPO. ergeben, ohnehin nicht ausnahmslos gilt und, im Lichte der letzteren Bestimmungen betrachtet, nichts weiter besagt, als daß sich die sachliche Zuständigkeit nach dem GVG. regelt, sofern die StPO. nicht selbst bezügliche Bestimmungen enthält.

Daß nur dieses der Sinn des § 1 StPO. ist, dafür spricht bis zu einem gewissen Grade auch ein Vergleich mit § 1 ZPO. Dieser stimmt nämlich mit § 1 StPO. wörtlich überein. Trotzdem enthält aber die ZPO. zahlreiche Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit (z. B. in den §§ 45, 606, 1045, 1046, 486, 510c, 609, 645, 648, 675f., 680, 685, 689,

[2]) So ausdrücklich Dalke, StPO. (2. Aufl. 1881), Anm. 1 zu § 428; Puchelt, StPO. (1881), Anm. 6 zu § 428; Freudenstein, System des Rechts der Ehrenkränkungen (1884), S. 184 Anm. 1. Auch Glaser, Lehrb. d. Strafprozeßrechts (1885), Bd. 2, S. 26; Ullmann, Lehrb. d. Strafprozeßrechts, S. 553, und Breith, Widerklage, S. 46/47, dürften hierher zu rechnen sein, wenn auch letzterer bezüglich des oben unter II bezeichneten Falles eine unten noch zu erörternde Ausnahme macht. Aber auch Löwe-Rosenberg, StPO., 14. Aufl. 1914 sind hier zu nennen. Denn wenn sie in Anm. 3 zu § 428 sagen, daß durch die Widerklage die örtliche Zuständigkeit begründet werde, so wird, da sie die sachliche Zuständigkeit nicht erwähnen, daraus gefolgert werden müssen, daß sie die Begründung einer sachlichen Zuständigkeit durch § 428 nicht für gegeben erachten. Ähnlich Rosenfeld, StPO. (1901), S. 204ff.

[3]) Vgl. Entwurf einer deutschen StPO. (Entw. I); Berlin, R. v. Decker, 1873, S. 262f. — Entwurf einer StPO. (Entw. III) bei Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, III, S. 279f. und 422ff. — Prot. d. Reichstagskomm. u. d. Reichstags, ebenda, S. 1099, 1418, 1419, 1973, 2098.



797, 919, 942), und ist daher für das Gebiet der ZPO. ohne weiteres klar, daß ihr § 1 nur gelten soll, soweit die ZPO. nicht selbst Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit enthält. Dann aber wird auch § 1 StPO. in demselben Sinne aufzufassen sein. Denn wenn auch die StPO. nicht aus der ZPO. ausgelegt werden kann, so wird doch im Zweifel davon ausgegangen werden dürfen, daß eine Bestimmung, die sich wörtlich am Anfang beider Prozeßordnungen findet, beidemal auchdasselbe bedeuten soll.

Wenn aber auch nach alledem die These, daß durch § 428 StPO. eine sachliche Zuständigkeit niemals begründet werden könne, abgelehnt werden muß, so ist es doch andererseits auch nicht ganz richtig, wenn von anderen Schriftstellern[4]) ebenso allgemein und ohne Unterschied zwischen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit der Satz aufgestellt wird, daß durch Erhebung einer Widerklage das an sich für die betreffende strafbare Handlung nicht zuständige Gericht zuständig werde. Vielmehr muß für die einzelnen hier in Betracht kommenden Fälle unterschieden werden:

In den eingangs unter I aufgeführten Fällen ergibt sich nämlich die Unzulässigkeit der Widerklage hinsichtlich einer Militärperson aus § 7 EG. zum GVG. und der Militärstrafgerichtsordnung, hinsichtlich eines Exterritorialen aus §§ 18 ff. GVG., hinsichtlich des Mitgliedes einer landesherrlichen Familie und eines Standesherrn aus §§ 5 und 7 EG. zum GVG. Denn nach diesen Bestimmungen unterliegen die genannten Personen der Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte überhaupt nicht, und würde es damit in Widerspruch stehen, wenn sie auf Grund einer Widerklage doch von den ordentlichen Strafgerichten abgeurteilt werden könnten. Nun wird aber doch im Zweifel angenommen werden müssen, daß, wenn die StPO. — wie es nach unserer Auffassung in § 428 an sich der Fall ist — ausnahmsweise und vom § 1 StPO. abweichend Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit gibt, sich dies immer nur auf Personen bezieht, die an sich der Gerichtsbarkeit irgendeines bürgerlichen Strafgerichts unterliegen, daß die StPO. dagegen für das Verfahren gegen Personen, die außerhalb ihres Geltungsbereichs stehen, auch keine Bestimmungen treffen will[5]).

Demnach wird in den eingangs unter I genannten Fällen eine Zuständigkeit für die Widerklage durch § 428 nicht begründet. Dies wird aber wiederum eine Ausnahme erleiden, wenn diejenige Person und Handlung, deren Bestrafung mit der Widerklage erstrebt wird, gemäß § 4 MilStGO. den bürgerlichen Gerichten zur Aburteilung überwiesen ist. Denn dann unterliegt die betreffende Militärperson insoweit der ordent-

---

[4]) So Stenglein, StPO. (1885), Anm. 3 zu § 428; Geyer, Lehrb. d. Strafprozeßrechts (1880), S. 863; v. Schwarze, StPO. (1878), Anm. 3 zu § 428. Mißverständlich auch Bennecke-Beling, Lehrb. d. Strafprozeßrechts, 1900, S. 643 III, im Gegensatz zu Bennecke, Lehrb. d. Strafprozeßrechts, 1895, S. 647 Ib.

[5]) Im Resultat übereinstimmend, wenn auch ohne nähere Begründung, Bennecke, Lehrb. S. 647. Speziell aufgeführt und im gleichen Sinne wie oben, wenn auch ohne nähere Begründung entschieden, werden die hier in Betracht kommenden Fälle von Breith, Widerklage, S. 46, der aber nach seinem prinzipiellen Standpunkt zu den oben, Anm. 2, genannten Schriftstellern zu rechnen ist. Bezüglich der Militärpersonen stimmt Rintelen, Der Strafprozeß (1891), S. 169 mit unserer Auffassung überein.

lichen Gerichtsbarkeit und entfällt damit derjenige Grund, aus welchem eine Widerklage gegen Militärpersonen regelmäßig unzulässig ist.

Ganz anders liegt alles dies aber in den eingangs unter II und III bezeichneten Fällen.

Was zunächst den Fall unter II betrifft, so handelt es sich hier darum, daß nach §§ 3ff. StPO. zusammenhängende Strafsachen, die einzeln zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehören würden, verbunden bei demjenigen Gericht anhängig gemacht werden können, welchem die höhere Zuständigkeit innewohnt. Dies bezieht sich, wie die allgemeine Fassung des § 3 StPO. ergibt und auch wohl unstreitig ist[6]), an sich auch auf Privatklagen. In bezug auf sie macht § 424, Abs. 2 StPO. eben nur die Ausnahme, daß Privatklagen infolge Verbindung nicht vor das Schwurgericht gebracht werden können — eine Bestimmung, aus der sich zugleich zweifelsfrei e contrario ergibt, daß Privatklagen allerdings gemäß §§ 3ff. StPO. vor einem Landgericht oder dem Reichsgericht in erster Instanz zur Verhandlung kommen können.

Warum dann aber gegenüber solchen Privatklagen keine Widerklage zulässig sein bzw. für letztere nicht durch § 428 die sachliche Zuständigkeit begründet werden sollte, ist unerfindlich. Der Wortlaut des § 428 spricht durchaus dafür, die Gesetzesmaterialien stehen nicht entgegen, und irgendwelche Spezialbestimmungen, wie sie z. B. bei Privatklagen von Militärpersonen eingreifen und oben genannt sind, stehen hier nicht entgegen. Aber auch innere Gründe sprechen für dasselbe Resultat. Denn warum der Angeklagte deshalb das Recht der Widerklage verlieren sollte, weil er gemäß §§ 3ff. StPO. durch ein anderes als das sonst zuständige Gericht abgeurteilt wird, ist nicht ersichtlich. Im Zweifel und sofern nicht zwingende Gründe der Gesetzesinterpretation entgegenstehen, wird aber doch derjenigen Auffassung der Vorzug gegeben werden dürfen, welche am meisten der Billigkeit entspricht[7]).

Dieselben Gesichtspunkte greifen aber an sich auch in dem eingangs unter III erwähnten Falle Platz. Dort handelt es sich darum, daß nach § 6 EG. zum GVG. die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Schwurgerichte für Preßdelikte aufrechterhalten sind. Dies bezieht sich aber, wie die ganz allgemeine Fassung des § 6 EG. zum GVG. ergibt, an sich auch auf den Fall, daß die Verfolgung des betreffenden Preßdelikts im Wege der Privatklage erfolgt[8]). Auch § 424, Abs. 2 steht dem nicht entgegen, denn diese Bestimmung besagt nur, daß Privatklagen infolge von Verbindung nicht gleichzeitig mit einer öffentlichen Klage vor das Schwurgericht gebracht werden können. Daß sie aber für sich allein infolge Landesrechts vor das Schwurgericht kommen, wird durch § 424, Abs. 2 nicht ausgeschlossen[9]).

[6]) Vgl. Loewe-Rosenberg, StPO., Anm. 5 in Vorbem. zu §§ 414ff.; Bennecke, Lehrb. S. 104, 633; Bennecke-Beling, Lehrb. S. 76, Anm. 8, S. 633.

[7]) Bezüglich dieses Falles übereinstimmend Bennecke, Lehrb. S. 104 b und Bennecke-Beling, Lehrb. S. 93 IIIb, die einzigen, die diesen Fall überhaupt erwähnen.

[8]) Ebenso Ullmann, Lehrb. S. 553; Glaser, Lehrb. S. 26; Breit, Widerklage, S. 46f.; Jonas, Widerklage, S. 16; Loewe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 424 StPO.

[9]) Sofern Bennecke, Lehrb. S. 633, Anm. 23, und Bennecke-Beling, Lehrb. S. 79, Anm. 22 etwas Abweichendes besagen wollen, kann dem aus obigem Grunde nicht zugestimmt werden.

Dann aber ist nicht ersichtlich, weshalb in solchem Fall eine Widerklage nicht ebenfalls aus den oben zum Fall II dargelegten Gründen zulässig sein sollte [10]). Wenn das bestritten wird, so geschieht dies entweder ohne Begründung [11]) oder mit der Motivierung, daß die Zuständigkeit für die Widerklage in diesem Falle nur eine ausnahmsweise und daher auch die Widerklage nur wegen solcher Beleidigungen zulässig sei, die ebenfalls durch die Presse begangen seien [12]). Das kann jedoch nicht für zutreffend erachtet werden. Denn wenn man in solchem Fall eine Widerklage überhaupt für zulässig erachten will, so kann man diese Meinung mangels irgendeines anderen sedes materiae nur auf § 428 StPO. stützen. Dann wird man aber auch konsequent sein und zugeben müssen, daß § 428 bezüglich der Art der widerklagend geltend zu machenden Beleidigung und Körperverletzung nur die Einschränkung enthält, daß sie wechselseitig sein müssen, daß aber die von dem in Anmerkung 12 genannten Schriftsteller gewollte Einschränkung dem § 428 völlig fremd ist.

Übrigens hat der zuletzt besprochene Fall m. W. keine praktische Bedeutung mehr. Denn soweit ersichtlich, kommen hier nur die Landesgesetze Bayerns, Württembergs, Badens und Oldenburgs in Betracht [13]). Diese schließen aber gerade bezüglich der Widerklage auch bei Preßdelikten die Zuständigkeit des Schwurgerichts aus [14]).

Damit sind wir am Ende und kommen also teilweise im Gegensatz zu der herrschenden Meinung zu dem Resultat:

> § 428 StPO. begründet im Prinzip für die Widerklage eine Zuständigkeit des Gerichtes der Klage nicht nur in örtlicher, sondern auch in sachlicher Beziehung. Eine Ausnahme bilden nur die Fälle, in denen der Kläger der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Strafgerichte überhaupt nicht unterliegt.

Daß diese Ausnahmefälle zahlreicher sind als der Regelfall, dürfte an dem prinzipiellen Standpunkt des Gesetzes nichts ändern; auch dürfte die Erkenntnis dieses Prinzips und seiner Ausnahmen immerhin der Klarstellung dienlich sein.

Die Vorbereitung der Hauptverhandlung der Schwurgerichte.

Von LG.-Direktor Grasshof, Posen.

Die Neuzeit stellt neue erhöhte Anforderungen. Das Fortschreiten des Rechts und die Entwicklung der rechtlichen Anschauungen im Volke bedingen eine immer größere Vertiefung des Strafprozesses und für die an demselben beteiligten Personen eine immer höhere An-

[10]) Im Resultat übereinstimmend Jonas, Widerklage, S. 16/17; allerdings unter unzutreffender Berufung auf § 198 StGB., der mit der Frage, wann eine Widerklage zulässig ist, nichts zu tun hat (vgl. dazu Ohlshausen, StGB., 10. Aufl., Anm. 4b zu § 198). [11]) So Ullmann, Lehrb. S. 553; Glaser, Lehrb. II, S. 26.

[12]) So Breith, Widerklage, S. 47.

[13]) Vgl. Loewe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 6 EG. zum GVG.

[14]) Vgl. Bayr. Gesetz- u. Verordnungsbl., 1879, S. 283 (Art. 35); Württbg. Reg.-Bl., 1879, S. 6 (Art. 12); Bad. Ges.-Bl., 1879, S. 92 (§ 6); Oldenburg. Ges.-Bl., 1879, S. 330 (Art. 29), auch Willich, Samml. Oldenburg. Ges., 1888, Bd. II, S. 519.

spannung der Arbeitskräfte und ein immer größeres Eindringen in den Prozeßstoff sowohl tatsächlichen wie rechtlichen Inhalts. Richter, Staatsanwalt und Verteidiger stehen unter der strengen, unbarmherzigen Aufsicht der mächtigen Presse und der öffentlichen Meinung. Wenn sie sich in ihrem Urteil und ihrer Handlungsweise auch als aufrechte Männer nicht durch die öffentliche Meinung, wenn sie ihrer eigenen widerstreitet, werden beeinflussen lassen, so wird doch durch diese Aufsicht ein großer Anreiz zur Entfaltung fleißiger Arbeitskräfte und Ansporn zur Leistung des denkbar Besten gegeben.

Daher ist vor allem in großen Schwurgerichts-, Kapital- und anderen aufsehenerregenden Sachen mit verwickelter Beweisaufnahme ganz besonders eine sorgfältige Vorbereitung der Hauptverhandlung ein dringendes Erfordernis der Neuzeit.

Wie steht es nun in dieser Beziehung mit dem bei uns geltenden Recht?

Der § 188 StPO. schreibt vor:

»Die Voruntersuchung ist nicht weiter auszudehnen, als erforderlich ist, um eine Entscheidung darüber zu treffen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei.

Auch sind Beweise, deren Verlust für die Hauptverhandlung zu besorgen steht, oder deren Aufnahme zur Vorbereitung der Verteidigung des Angeschuldigten erforderlich erscheint, in der Voruntersuchung zu erheben.«

Über diese Grenze hinaus ist der Untersuchungsrichter zur Vorbereitung der Hauptverhandlung gesetzlich nicht verpflichtet. Er pflegt Anträge, welche diesen Rahmen überschreiten, mit Erfolg in Übereinstimmung mit dem Gesetz abzulehnen. Wer soll nun solche, die Hauptverhandlung vorbereitende Handlungen, wenn sie sich als notwendig herausstellen, vornehmen? Dem Staatsanwalt, welcher hierzu wohl in erster Reihe für verpflichtet zu erachten ist, bleibt für diese Maßnahmen nach Schluß der Voruntersuchung erfahrungsgemäß wenig Zeit. Gleichzeitig und neben dem Untersuchungsrichter Ermittelungen, welche die Hauptverhandlungen vorbereiten sollen, anzustellen, liegt weder im Interesse der Sache noch ist es im Gesetz begründet. Der Verteidiger hat gewöhnlich nicht die staatlichen Machtmittel, um Ermittelungen mit Erfolg durchzuführen. Der Vorsitzende setzt sich möglicherweise dem Vorwurf einer parteiischen Stellungnahme für oder gegen den Angeklagten aus, wenn er diese Ermittlungen in die Wege leitet.

Und doch gibt es eine ganze Reihe von Fällen, in denen solche Ermittlungen zur Vorbereitung der größeren Hauptverhandlungen nicht nur wünschenswert, sondern sogar unumgänglich notwendig sind. So ist es in erster Linie die Erforschung des Innen- und Außenlebens des Angeklagten, unter Umständen auch desjenigen wichtiger Zeugen, welche von Bedeutung sein kann. Der Geschworene verlangt Antwort auf die Frage: Wes Geistes Kind ist der Angeklagte, ist der Zeuge? Aus diesem Grunde sind die Vorakten wegen Vorbestrafungen des Angeklagten heranzuziehen, Zeugen über seinen Lebenslauf, Erziehung, Lebensgewohnheiten usw. zu hören und zur Hauptverhandlung zu laden.

Weiter muß aufgeklärt werden der für Feststellung der Schuld oft unerhebliche Beweggrund der Tat und die allmähliche Heranzüchtung

des verbrecherischen Willens. Der Geschworene verlangt Antwort auf die Frage: Warum hat der Täter die Tat begangen, aus Not, Rache, Geiz usw.? Der Beweggrund der Tat ist daher restlos zu erörtern.

Ebenso sind alle Umstände, welche für das Strafmaß von Erheblichkeit sind, durch Ermittlungen für die Hauptverhandlung sicherzustellen.

Selbstverständlich ist es, daß die Wohnungen der Zeugen und Sachverständigen feststehen müssen, damit nicht Vertagung nötig wird, und daß die die Örtlichkeit veranschaulichenden Handzeichnungen und Lichtbilder zur Stelle sein müssen. Der Sachverständige muß Kenntnis des Akteninhalts haben, soweit dies für Abgabe seines Gutachtens von Erheblichkeit ist. In Kapitalsachen müssen motivierte Gutachten der Ärzte über die Todesursache des Verstorbenen herangezogen werden, einmal zur Aufklärung der Sache, dann aber auch zum Zwecke der Vorbereitung der Hauptverhandlung, damit der Arzt den Akteninhalt nicht allein kennt, sondern auch durcharbeitet und so für die Hauptverhandlung gerüstet ist. Daher ist es in einzelnen Oberlandesgerichtsbezirken mit Recht angeordnet worden, daß in Untersuchungssachen wider das Leben und wegen vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Erfolge, die vor dem Schwurgericht verhandelt werden sollen, in der Regel vor Erhebung der Anklage ein begründetes Gutachten der Ärzte, welche die Leichenöffnung vorgenommen haben, eingeholt und zu den Akten gebracht wird. (Vgl. die Rundverfügungen des Justizministers vom 12. Juni 1890, I, 1817 und vom 30. Januar 1896, I, 515, abgedruckt bei Müller, Justizverwaltung, 6. Aufl., S. 1157 und 1175; ferner Löwe, Note 3d zu § 87 StPO.) Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, daß es nicht selten vorkommt, daß die Ärzte ihr am Schlusse der Leichenöffnungsverhandlung abgegebenes vorläufiges Gutachten abändern, nachdem sie von den im Laufe der Voruntersuchung ermittelten näheren Tatumständen Kenntnis erlangt haben, sowie daß bisweilen der Fall eintritt, daß die Ärzte die Erstattung eines endgültigen Gutachtens von einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts abhängig machen, oder daß sie nach Kenntnisnahme von dem Ergebnis der Voruntersuchung untereinander in ihren Schlußgutachten abweichen, so daß die Einholung eines Obergutachtens notwendig wird.

Die neueren Untersuchungen über das Erinnerungsvermögen (L. William Stern, Zur Psychologie der Aussage, Experimentelle Untersuchungen über Erinnerungstreue, in der Zeitschrift für die ges. StRW., Bd. 22, S. 312ff.) leiten darauf hin, zu erkennen, daß es nötig ist, in vielen Fällen Beweise über die Gedächtniskraft und das Erinnerungsvermögen der Zeugen, sowie darüber zu erheben, warum der Zeuge sich gerade diese oder jene an sich unerhebliche Tatsache gemerkt hat. Oft wird der erzieherische Entwicklungsgang des Zeugen durch Ladung seines Lehrers oder Pfarrers, oft wird die sinnliche oder geschlechtliche Veranlagung bei hysterischen Personen zu erörtern sein. Alle diese Untersuchungshandlungen können außerhalb des gesetzlichen Rahmens der Voruntersuchung liegen.

Aus allen diesen Gründen dürfte es sich empfehlen, dem § 188 StPO. einen dritten Absatz folgenden Inhalts beizufügen, zumal auch das in § 199 StPO. angeordnete Zwischenverfahren dem Mangel nicht abhilft und anderen Zwecken als den hier behandelten dient:

»In Schwurgerichtssachen ist die Voruntersuchung so weit auszudehnen, als es zur Vorbereitung der Hauptverhandlung erforderlich ist.«

Solange eine solche Bestimmung noch nicht im Gesetz Aufnahme gefunden hat, wird es Pflicht des Vorsitzenden sein, die ihm geeignet erscheinenden Ermittlungen und Heranschaffung von Beweismitteln anzuordnen, des Staatsanwalts, die von ihm für erforderlich gehaltenen Maßnahmen selbst nach Schluß der Voruntersuchung vorzunehmen. Dem Verteidiger muß es überlassen bleiben, Anträge auf Erforschung des Sachverhalts bei dem Gerrcht oder der Staatsanwaltschaft zu stellen.

Ein interessanter Beitrag zur Rechtsprechung über die Tragweite des § 137, Abs. 7 der GewO.

Von Dr. Buhl, Staatsanwalt beim OLG. Breslau.

Urteil des Strafsenats des OLG. Breslau vom 15. Dezember 1914 in Sachen wider P. und Gen. 7 S. 381/14.

Der Entscheidung liegt folgender Tatbestand zugrunde: Bei einem Neubau waren zwei Arbeiterinnen beschäftigt; die eine warf den auf dem Baugrundstück gefundenen und von einem Arbeiter auf einen Haufen herbeigeschafften Sand, um ihn zu verfeinern, mittels einer Schaufel gegen ein neben dem Haufen stehendes Sieb. Den durchgesiebten und dadurch verfeinerten Sandb eförderte alsdann eine andere Arbeiterin mittels einer Schaufel in einen unmittelbar daneben stehenden Kalkkasten, goß mittels einer Kanne aus einer daneben stehenden Tonne Wasser hinzu und rührte sodann Kalk, Sand und Wasser so lange durcheinander, bis sich die einzelnen Stoffe gehörig miteinander vermischt hatten. Die Staatsanwaltschaft erblickte in der von den beiden Frauen geleisteten Tätigkeit eine Transportarbeit im Sinne des § 137, Abs. 7 der GewO. und ging dabei von folgenden Erwägungen aus:

Mit dem OLG. Kiel (Urteil vom 11. Oktober 1913, abgedruckt im MinBl. für Handel und Gewerbe, 1913, S. 225) ist aus der Entstehungsgeschichte des § 137, Abs. 7 der GewO. zu entnehmen, daß die genannte Gesetzesbestimmung jede Art von Transporten bei Bauten durch Frauen schlechthin hat verbieten wollen, nicht nur solche Transporte, die für Frauen unschicklich oder zu anstrengend sind. Durch Eingaben zahlreicher Frauenvereine aller Gegenden Deutschlands wurde ein Verbot der Beschäftigung von Frauen im Baugewerbe schlechthin zur Verhütung gesundheitlicher und sittlicher Nachteile gefordert. Der ursprüngliche Antrag lautete dementsprechend auch auf das Verbot der Beschäftigung von Frauen »auf Bauten« allgemein. Die jetzt geltende Fassung wurde schließlich gewählt, um leichtere Arbeiten, z. B. Reinigungsarbeiten auf fertigen Bauten, nicht auch unter das Verbot fallen zu lassen. Hieraus ist zu folgern, daß diese Einschränkung auch die einzige ist, die das Gesetz hat zulassen wollen. Jedenfalls ist, wie auch der Feriensenat des OLG. in Breslau (7 S. 332/13) in einer andern Strafsache angenommen hat, der Ausdruck »Verwendung zum Transport von Materialien« in sehr weitem Sinne auszulegen.

Für den Begriff des Transports von Materialien ist das Bewegen

der Massen selbst das Wesentliche. Ein solches Fortbewegen hat hier stattgefunden, Sand und Wasser wurden von den Orten, an denen sie entnommen wurden, nach einem andern Orte, dem Kalkkasten, geschafft, also »transportiert«, um dort mit Kalk zu Mörtel gemischt zu werden. Diese Fortbewegung war das nächste, wenn auch nicht endgültige Ziel der Tätigkeit der Arbeiterinnen und eine für den Arbeitserfolg wesentliche Tätigkeit, weil nur auf diese Weise das weitere Ziel, die Gewinnung von Mörtel, erreicht wurde.

Dieser Rechtsauffassung sind die drei Instanzen nicht beigetreten, der angeklagte Bauunternehmer ist vielmehr rechtskräftig freigesprochen worden.

Aus den Gründen des Revisionsurteils interessieren folgende Ausführungen:

Allerdings sind Sand, Kalk und Wasser als Baumaterialien anzusprechen, auch haben die Arbeiterinnen durch ihre eigene Körperkraft eine wenn auch nur geringe Ortsveränderung bezüglich der betreffenden Materialien vorgenommen. Allein hierdurch wird der Begriff des Transports von Materialien im Sinne des § 137, Abs. 7 der Gew.O. noch nicht erfüllt.

Die gesamte Bautätigkeit vollzieht sich, wenigstens sofern es sich um die Errichtung eines Neubaus handelt, durch Beibringung von Baumaterial von einem Orte an bestimmte andere Stellen. Auch der Maurer, der die ihm durch die Handlanger zugebrachten Ziegel aufnimmt und aus ihnen die Mauer aufführt, verändert den Ort des Materials. Es wäre aber widersinnig und dem allgemeinen Sprachgebrauch widersprechend, deshalb die Tätigkeit eines Maurers als einen Transport von Baumaterialien bezeichnen zu wollen. Entscheidend ist also nicht die Ortsveränderung des Materials oder des Arbeiters, sondern der Zweck und Charakter der Tätigkeit. Diese besteht im vorliegenden Fall in der Bereitung eines Baumaterials, nämlich des Mörtels, nicht aber in der Fortbewegung seiner Grundstoffe. Diese letztere ist nicht Zweck der Tätigkeit der Arbeiterinnen gewesen, vielmehr stellen sich Werfen des Sandes gegen das Sieb sowie das Einschütten des gesiebten Sandes und des Wassers in den Kalkkasten lediglich als bloße, für die Verfeinerung des Sandes bzw. die Herstellung des Mörtels erforderliche Handgriffe dar.

Sonach hat der Vorderrichter den Begriff des Transports im Sinne des § 137, Abs. 7 der GewO. keineswegs verkannt. Gewiß ist dieser Begriff mit Rücksicht auf den dem Schutze der Arbeiterinnen dienenden Zweck des Gesetzes weit zu fassen, aber die Ansicht der Revision führt notgedrungen zu dem vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnis, daß Arbeiterinnen bei Bauten überhaupt nicht beschäftigt werden dürfen. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß Arbeiterinnen bei Bauten nur insoweit nicht beschäftigt werden dürfen, als ihre Tätigkeit den Transport, also die Bewegung von Materialmassen von einem Ort zum andern, nach Zweck und Charakter darstellt, wobei es allerdings im Einzelfalle nicht darauf ankommt, ob die Arbeit eine schwere oder für Frauen unschickliche ist, wenngleich diese Gesichtspunkte für die durch das Gesetz vom 28. Dezember 1908 getroffene Bestimmung des § 137 GewO. maßgebend gewesen sind.

Aus der Praxis.

Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Kammergericht.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

StPO. § 418, Satz 1. Legitimation des Rechtsanwalts, der in einer Privatklagesache namens des Privatklägers Revision eingelegt hat. Ist die Wirksamkeit des durch einen Rechtsanwalt eingelegten befristeten Rechtsmittels davon abhängig, daß der Rechtsanwalt vor Ablauf der Rechtsmittelfrist die ihm erteilte schriftliche Vollmacht dem Gericht überreicht oder wenigstens vorlegt?

StS. U. v. 21. März 1916. B. g. S. V. 12/16.

Gründe: Gegen das am 17. Dezember 1915 verkündete Berufungsurteil hat durch eine am 18. Dezember 15 bei Gericht eingegangene Schrift der Justizrat X. in F. namens des Privatklägers Revision eingelegt. Eine schriftliche Vollmacht des Privatklägers auf Justizrat X. war dem Schriftsatz nicht beigefügt, auch vorher war eine solche zu den Gerichtsakten nicht überreicht. Erst am 12. Januar 1916, also nach Ablauf der gesetzlichen Frist zur Einlegung der Revision, hat Justizrat X. eine Untervollmacht zu den Akten überreicht, die der durch schriftliche Vollmacht des Privatklägers bereits zu den Akten legitimierte Rechtsanwalt Y. in W. am 24. August 1914 auf ihn ausgestellt hat.

Der erkennende Senat hat bei dieser Sachlage in entsprechender Anwendung der von dem Kammergericht am 16. Januar 1912 (Goltd. Arch., Bd. 59, S. 477) ausgesprochenen Rechtsgrundsätze das Vorliegen einer zulässigen Revisionseinlegung verneint.

Nach § 418 Satz 1 StPO. muß derjenige Rechtsanwalt, durch den sich ein Privatkläger bei Gericht vertreten läßt, mit schriftlicher Vollmacht versehen sein. Eine Vertretungshandlung, die der Rechtsanwalt vornimmt, ohne daß er mit schriftlicher Vollmacht versehen ist, entbehrt demzufolge der gesetzlichen Voraussetzung für ihre Wirksamkeit und ist deshalb vom Gericht als unzulässig zu beanstanden und zurückzuweisen. Hieraus ergibt sich, daß das Gericht jeder Vertretungshandlung eines für einen Privatkläger auftretenden Rechtsanwalts gegenüber die Pflicht zur Prüfung hat, und diese Prüfungspflicht hat zur notwendigen Voraussetzung, daß der Rechtsanwalt die ihm erteilte schriftliche Vollmacht dem Gericht überreicht oder wenigstens vorlegt. Solange dies nicht geschehen ist, kann in dem Falle, wo die Vertretungshandlung in der Abgabe einer Erklärung besteht, die von dem Rechtsanwalt abgegebene Erklärung als Erklärung des Privatklägers nicht gelten. Hieraus folgt aber weiter, daß dann, wenn die Erklärung die Einlegung eines befristeten Rechtsmittels zum Gegenstande hat, die Einreichung oder Vorlegung der Vollmacht spätestens vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgen muß; denn nach den Vorschriften des Gesetzes ist die Wirksamkeit des Rechtsmittels davon abhängig, daß die zu seiner Einlegung berechtigte Person innerhalb der Notfrist dem Gericht gegenüber die Einlegung erklärt hat. Eine solche wirksame Kundgebung des Vertretenen liegt aber dem Gericht innerhalb der gesetzlichen Frist dann nicht vor, wenn der Vertreter bis zum Ablauf der Frist seine Vollmacht dem Gericht nicht nachgewiesen hat.

Die Gründe, aus welchen das Kammergericht in dem oben angeführten Beschlusse die von dem Reichsgericht gegenüber dem Verteidiger des An-



geklagten geübte mildere Rechtsprechung auf den Fall des § 170 StPO. für nicht anwendbar erklärt hat, treffen in allem Wesentlichen auch auf den hier behandelten Fall der Vertretung des Privatklägers zu.

StGB. §§ 67 Abs. 3, 68 Abs. 1 und 3. Zum Begriff der Unterbrechungshandlung im Sinne des § 68 StGB. Kann die Verfügung des Vorsitzenden der Strafkammer, durch welche der Termin zur Hauptverhandlung aufgehoben wird, als eine die Verjährung unterbrechende Handlung des Richters angesehen werden? Ist eine Terminsaufhebung unter Umständen zur Unterbrechung der Verjährung geeignet?

I. StS. U. v. 29. März 1915. g. K. 1 S. 64/15.

Gründe: Der Angeklagte ist von dem Berufungsgericht wegen Übertretung ... der ... Polizeiverordnung ... zu Strafe verurteilt. Seine Revision mußte Erfolg haben.... Die Strafverfolgung ist nämlich im Laufe des Berufungsverfahrens verjährt, so daß die §§ 67 Abs. 3 und 68 Abs. 3 StGB. zur Anwendung kommen.

Am 5. August 1914 setzte der Vorsitzende der Berufungsstrafkammer Termin zur Hauptverhandlung an; auf die Erklärung der Staatsanwaltschaft vom 12. August 1914 hinsichtlich des Verzichts auf einen zum Militär eingezogenen Zeugen verfügte der Vorsitzende am 13. August 1914 die Zurücksendung des Vorganges an die Staatsanwaltschaft unter Kenntnisnahme des Inhalts. Am 1. September 1914 erschien der Angeklagte bei der Staatsanwaltschaft und beantragte die Aufhebung des Termins, weil beim Kammergericht eine andere Strafsache wegen derselben Übertretung schwebe und es angebracht sei, die Entscheidung dieses Gerichts abzuwarten. Daraufhin übersandte die Staatsanwaltschaft die Akten der Strafkammer mit dem Bemerken, daß sie mit der Aufhebung des Termins einverstanden sei. Der Vorsitzende der Strafkammer hob durch Verfügung vom 2. September 1914 den Termin auf und sandte die Akten der Staatsanwaltschaft zurück. Neuer Termin wurde erst wieder am 17. November 1914 bestimmt. Andere richterliche Handlungen sind vor dem letztgenannten Zeitpunkt nicht vorgekommen. Da die beiden Terminsansetzungen — vom 5. August und 17. November 1914 — mehr als drei Monate auseinanderliegen, das gleiche auch hinsichtlich der für die Unterbrechung der Verjährung zweifelhaften Verfügung vom 13. August 1914 und der Terminsansetzung vom 17. November 1914 zutrifft, kommt es nur darauf an, ob die Verfügung vom 2. September 1914 die für Übertretungen maßgebende Verjährung von drei Monaten unterbrochen hat. Die Frage ist zu verneinen.

Die richterliche Handlung muß, um als Unterbrechungshandlung im Sinne des § 68 StGB. gelten zu können, unter anderem gegen den Täter gerichtet sein; sie muß den Zweck haben, den Täter strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, also mit der Absicht vorgenommen sein, dem Verfahren Fortgang zu geben (vgl. Frank, Strafgesetzbuch, 11.—14. Aufl., S. 166 Anm. II 2c zu § 68; Urteil des Kammergerichts vom 28. September 1908 — 1 S 739/08 — in der D. J. Z., 1909, 14. Jahrg., Sp. 213). Die Terminsaufhebung vom 2. September 1914 kann als solche richterliche Handlung nicht angesehen werden. Es ist zwar denkbar, daß eine Terminsaufhebung die Herbeischaffung von Beweismitteln oder sonst die Ermöglichung einer neuen Hauptverhandlung bezweckt; dann ist auch sie auf Fortgang des Verfahrens gerichtet und zur Unterbrechung der Verjährung geeignet. So ist aber die vorliegende Terminsaufhebung nicht geartet. Weitere Beweise sollten nicht beschafft werden; der Termin war möglich, die Sache zur

Hauptverhandlung reif. Die Aufhebung geschah nur, um einem Wunsche des Angeklagten zu entsprechen, dem es zweckmäßig erschien, die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes über eine streitige Rechtsfrage abzuwarten. Der Antrag des Angeklagten ging sachlich dahin, mit dem Verfahren lediglich innezuhalten, und diesem Verlangen gab der Vorsitzende der Strafkammer im Einverständnis mit der Staatsanwaltschaft statt. Einen auf den Fortgang des Verfahrens gerichteten Vorbehalt hat er nirgends gemacht, ja nicht einmal eine Frist zur Wiedervorlegung der Akten angeordnet. Das Gericht verzichtete auf jede Überwachung des Verfahrens, überließ den weiteren Betrieb der Sache allein der Staatsanwaltschaft; offenbar erwartete es von dieser den Anstoß zur Fortsetzung des Verfahrens. Tatsächlich ist dann auch später von der Staatsanwaltschaft die Anregung zu der Fortsetzung des Verfahrens ausgegangen.

Hiernach stellt die Terminsaufhebung vom 2. September 1914 keine Betreibung der Strafklage, keine Verwirklichung der Strafgewalt dar; sie ist ein bloßes Innehalten mit dem Verfahren. In ihr kann eine »gegen« den Angeklagten gerichtete Handlung des Richters nicht erblickt werden. Demgemäß war das Verfahren unter Aufhebung des angegriffenen Urteils auf Kosten der Staatskasse einzustellen (RGSt., Bd. 41, S. 167).

StPO. §§ 394 Abs. 1, 453, 458. Gesetz, betreffend den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen wegen Übertretungen, vom 23. April 1883 (GS. S. 65). GVG. §§ 136 Abs. 2, 123 Nr. 2. Stellt sich im Verfahren nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz die Tat des Angeklagten als ein Vergehen dar, so hat, falls auf Revision des Staatsanwalts das Urteil zweiter Instanz aufgehoben wird, das Revisionsgericht gemäß § 458 StPO. die polizeiliche Strafverfügung aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden.

StS. U. v. 14. Mai 1915. g. S. S. 6/15.

Gründe: Angeklagter ist Hauseigentümer in W. Bei einer Anfang Oktober 1914 vorgenommenen Besichtigung seines Grundstücks fand der revidierende Beamte, daß der Tonnenraum des Angeklagten etwa 20 cm hoch mit Schlamm bedeckt und das eine Faß übervoll war, so daß die Auswurfstoffe überliefen. Das andere Faß war umgekippt; die Auswurfstoffe fielen in den Tonnenraum. Deshalb wurde gegen den Angeklagten wegen Übertretung der Polizeiverordnung des Landrats zu W. vom 17. Februar/26. Februar 1890 (gemeint ist die Polizeiverordnung vom 10. Januar 1886, zu welcher am 17. Februar/26. Februar 1890 eine »Ausführungs-Anweisung« ergangen war) am 9. Oktober 1914 eine polizeiliche Strafverfügung erlassen. Auf seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung wurde er vom Schöffengericht freigesprochen. In der hiergegen eingelegten Berufung und in der mündlichen Verhandlung vor der Strafkammer machte der Staatsanwalt geltend, daß die Handlungsweise des Angeklagten ein nach § 9b des Gesetzes über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 strafbares Vergehen gegen die Bekanntmachung des Festungskommandanten zu W. vom 11. August 1914 darstelle, in welcher es heißt: »In allen Häusern ist peinlichste Sauberkeit zu halten. Alle Abfälle und menschlichen Entleerungen müssen sorgfältigst beseitigt werden. Nirgends dürfen faulende Gegenstände liegen bleiben. Eventuelle Nichtbefolgung wird streng bestraft.« — Das Landgericht hat die Berufung

des Staatsanwalts verworfen, also auch die erwähnte Bekanntmachung und den § 9b des Gesetzes von 1851 nicht für anwendbar erachtet. Den Angeklagten treffe kein Verschulden an dem Zustande. Die Stadt habe für die Hausbesitzer die Abfuhr des Tonneninhalts übernommen, aber einem Unternehmer übertragen, welcher für die rechtzeitige Abfuhr Sorge zu tragen hatte. Angeklagter habe zweimal den Unternehmer und zweimal den Magistrat von den Zuständen im Tonnenraum benachrichtigt, ohne einen Erfolg zu erzielen. Mehr zu tun, sei ihm unmöglich gewesen, da ihm die Leerung des Tonnenraums entzogen gewesen sei; übrigens hätte eine Verbringung des Tonneninhalts in den Garten des Angeklagten und die Vergrabung dort durch die damit unvermeidlich verbundene Verunreinigung der Luft die Gesundheit der Anwohner und der ganzen Stadtbevölkerung gefährdet.

Gegen dieses Urteil hat der Staatsanwalt Revision eingelegt, Verletzung des § 9b des Gesetzes von 1851 in Verbindung mit der erwähnten Bekanntmachung gerügt und Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung in die Vorinstanz beantragt.

Das Rechtsmittel mußte zur Aufhebung des Urteils führen. Allerdings dürfen nach § 2 des Ortsstatuts über die Abfuhr der Fäkalien in der Stadt W. vom 3. Februar 1890 die Hauseigentümer die Abfuhr und Entleerung der Aborttonnen nur durch die von der Stadt anzustellenden Unternehmer besorgen lassen. Das hierin liegende Verbot, die Beseitigung der Auswurfstoffe selbst vorzunehmen oder durch andere Personen bewirken zu lassen, findet aber seine Begrenzung durch den unbedingten Kommandanturbefehl, in allen Häusern auf peinlichste Sauberkeit zu halten und alle Entleerungen sorgfältigst zu beseitigen; erfüllt der städtische Abfuhrunternehmer diese Pflicht nicht, so muß der Hauseigentümer selbst für die Beseitigung der Stoffe sorgen, dies hat die Strafkammer verkannt.

Hiernach ist aber die dem Angeklagten zur Last fallende Tat ein Vergehen, bei welchem der Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung nach § 453 StPO. in Verbindung mit § 1 des Gesetzes, betreffend den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen wegen Übertretungen, vom 23. April 1883 (GS. S. 65) unzulässig war. Danach ist § 458 StPO. anzuwenden, wonach in solchen Fällen das Gericht die Strafverfügung durch Urteil aufzuheben hat, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Die Vorschrift ist zwar in erster Reihe für das Schöffengericht erlassen. Sie gilt aber in gleicher Weise für die Verhandlung vor der Strafkammer in der Berufungsinstanz, da auch hier der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift Platz greift; es fehlt an den für eine sachliche Entscheidung erforderlichen Prozeßgrundlagen, der Anklage und dem Eröffnungsbeschluß, und es liegt keiner der Fälle vor, in welchen eine Hauptverhandlung ohne diese Prozeßgrundlagen zulässig ist (außer § 456 noch §§ 211, 265, 451, 462, 477 StPO.; ebenso die Urteile des RG. vom 29. Januar 1884, Rechtspr. Bd. 6, S. 60, vom 21. März 1889, Entsch. Bd. 19, S. 166ff., bes. 171, und vom 26. Juni 1894, Goltd. Arch., 42, S. 251; Löwe, Komm., 13. Aufl., S. 1026, Anm. 1b zu § 458 StPO.; von Kries, Strafprozeßr., S. 749; Meves in v. Holtzendorffs Handb. des Strafprozeßr., II, S. 422; Levis, zur Theorie des Strafverfügungsverfahrens, in der Ztschr. f. StrRW., 19, S. 364f.; Traut in GerS., 57, S. 372). Eine Zurückverweisung in die Vorinstanz kann daher nicht erfolgen, weil für eine »Entscheidung« des Berufungsgerichts, d. h. für eine Wahl zwischen mehreren Aussprüchen, kein Raum mehr ist; dieses Gericht könnte alsdann nur gemäß § 458 erkennen. Vielmehr muß das Revisionsgericht selbst das aus dieser Vorschrift sich ergebende Urteil fällen. Es liegt hier eine

»Einstellung« im Sinne des § 394 Abs. 1 StPO. vor; mit diesem Ausdruck umfaßt das Gesetz alle Fälle, in denen weder eine Verurteilung noch eine Freisprechung möglich ist (Löwe a. a. O. S. 931, A. 3). — Dieser Auffassung steht das oben angeführte Urteil des RG. vom 21. März 1889 (Entsch. Bd. 19, S. 166 ff., bes. S. 174) nicht entgegen. Denn dort lehnt das RG. eine eigene Entscheidung in Gemäßheit des § 458 StPO. lediglich deshalb ab, weil es als Revisionsgericht, abgesehen von dem Falle des § 136 Abs. 2 GVG., lediglich mit Strafkammerurteilen erster Instanz befaßt und deshalb formell behindert sei, selbst das nachzuholen, was die Strafkammer verabsäumt habe, und unter Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils die Strafverfügung aufzuheben. Dieser Grund für die Ablehnung einer eigenen Entscheidung aus § 458 trifft für das KG., das als OLG. über die Revisionen gegen Urteile der Strafkammern in der Berufungsinstanz zu entscheiden hat (§ 123 [2] GVG.), nicht zu. — Die Kosten des Verfahrens treffen die Staatskasse (Urt. des RG. vom 23. Dezember 1901, Jur. Wochenschr., 31, S. 586; Löwe a. a. O. S. 1027, Anm. 4 zu § 458 StPO.). Der Staatsanwaltschaft muß die Erhebung einer neuen Anklage überlassen werden.

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom $\frac{\text{30. Juni 1878}}{\text{17. Mai 1898}}$ $\frac{\text{(RGBl. S. 173)}}{\text{(RGBl. S. 689)}}$ in der Fassung des Reichsgesetzes, betreffend Änderung derselben, vom 10. Juni 1914 (RGBl. S. 214), § 14, insbesondere Abs. 5. Preuß. Gesetz, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, vom 30. Juli 1899 (GS. S. 141), § 6. Ausführungsanweisung dazu vom 12. Oktober 1899, Art. II, Ziff. 3 — MinBl. f. d. i. V., S. 192. Allgem. Verf. der Preuß. Staatsminister vom 26. Februar 1903 — MinBl. f. d. i. V., S. 33. Allgem. Verf. des Justizministers, betreffend die Zeugen- und Sachverständigengebühren für einzelne, nicht zu den unmittelbaren Staatsbeamten gehörige Personenklassen vom 15. August 1907. — JMinBl., S. 499. Preuß. Gesetz vom 26. Juli 1910, betreffend die Reisekosten der Staatsbeamten (GS. S. 150), § 1. Städte-Ordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856 (GS. S. 237), § 11. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883 (GS. S. 237), § 16. Nach welchen Grundsätzen sind die den Magistratsmitgliedern einer Stadt bei gerichtlichen Vernehmungen als Zeugen und Sachverständige zu gewährenden Gebühren festzusetzen? Sind die auf Grund des § 6 des Preuß. Gesetzes, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, vom 30. Juli 1899 erlassenen Vorschriften der Kommunalverbände über Dienstreisekosten der Kommunalbeamten bei Bemessung der Gebühren für gerichtliche Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen der Kommunalbeamten in den Fällen des § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige zugrunde zu legen? Kann in einem auf Grund eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung ergangenen und vom Bezirksausschuß genehmigten Ortsstatut, betreffend Anstellung und Versorgung der Beamten der Stadt, dem Magistrat der Stadt auch die Entscheidung über die Einreihung der Magistratsmitglieder in die einzelnen Klassen des Preuß. Gesetzes vom 26. Juli 1910, betreffend die Reisekosten der Staatsbeamten, besonders übertragen werden? Bedarf ein demgemäß erlassener Beschluß des Magistrats der Zustimmung der Stadtverordnetenversammlung oder der Genehmigung des Bezirksausschusses?

I. StS. B. v. 1. März 1915. g. B. 1 W. 21/15.

Gründe: Der Beschwerdeführer ist Bürgermeister der Stadt R., die nach der letzten Volkszählung 2295 Einwohner besitzt. Am 19. Oktober 1914 wurde er in der vorliegenden Strafsache — gegen B. — darüber als Zeuge und Sachverständiger vernommen, ob der Angeklagte durch das Aufstellen eines unbespannten, unbeleuchteten Fuhrwerks auf der K . . . straße in R. zur Nachtzeit zwei Polizeiverordnungen und den § 366, Ziff. 9 StGB. übertreten habe.

Für die Wahrnehmung des Termins verlangte der Beschwerdeführer Tagegelder und Erstattung der Reisekosten im Gesamtbetrage von 45,38 Mark, indem er insbesondere Tagegelder für zwei volle Tage zu je 15 Mark, zusammen 30 Mark, und außerdem 6 Mark, nämlich für vier Zugänge und Abgänge je 1,50 Mark, beanspruchte. Er begründete seine Forderung damit, daß er nach den Beschlüssen des Magistrats zu R. vom 28. Dezember 1910 und 17. August 1911 als Mitglied dieses Magistrats Tagegelder und Fahrkosten nach denjenigen Sätzen fordern dürfe, welche die in Gruppe IV, § 1 des Preuß. Gesetzes vom 26. Juli 1910, betreffend die Reisekosten der Staatsbeamten (GS. S. 150), bezeichneten Staatsbeamten erhalten.

Der Gerichtsschreiber der Strafkammer hatte Bedenken gegen die Forderung des Beschwerdeführers. . . . .

Die Strafkammer hat in dem angegriffenen Beschluß bestimmt, daß die Gebühren des Beschwerdeführers gemäß dem Ortsstatut für die Stadt R. vom 5. April 1900 und nicht gemäß dem Ortsstatut der Stadt R. vom 17. August 1911 zu zahlen seien, weil letzteres Statut mangels Genehmigung durch den Bezirksausschuß nicht als gültig anzusehen sei.

Die Beschwerde mußte Erfolg haben.

Nach § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom $\frac{\text{30. Juni 1878 (RGBl. S. 173)}}{\text{17. Mai 1898 (RGBl. S. 689)}}$ in der Fassung des am 1. Oktober 1914 in Kraft getretenen und daher hier anwendbaren Reichsgesetzes vom 10. Juni 1914, betreffend Änderung der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige (RGBl. S. 214), hatte der Beschwerdeführer Tagegelder und Erstattung der Reisekosten nach den für Dienstreisen geltenden Vorschriften zu beanspruchen. Die Ausnahme in Abs. 5 der Gebührenordnung (neue Fassung), wonach auf Beamte der Gemeinden (Gemeindeverbände) die allgemeinen Vorschriften für Dienstreisen keine Anwendung finden, falls die oberste Verwaltungsbehörde Bestimmungen über die Höhe der ihnen den Gerichten gegenüber zustehenden Tagegelder und Reisekosten erlassen hat, ist vorliegend nicht gegeben. Die — von dem Gerichtsschreiber der Strafkammer bezeichnete — Allgem. Verfügung der Preußischen Staatsminister vom 26. Februar 1903, betreffend die Säße der Reisekosten und Tagegelder für einzelne, nicht zu den unmittelbaren Staatsbeamten gehörige Personenklassen — MinBl. f. d. i. V., S. 33 —, hat nicht die Bedeutung einer maßgebenden Vorschrift für die bei Vernehmung von Gemeindebeamten als Zeugen oder Sachverständige aus der Staatskasse zu gewährende Entschädigung gemäß § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige (vgl. Allgem. Verfügung des Justizministers, betreffend die Zeugen- und Sachverständigengebühren für einzelne, nicht zu den unmittelbaren Staatsbeamten gehörige Personenklassen, vom 15. August 1907 — J.MinBl. S. 499).

Nach § 6 des Preuß. Gesetzes, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten, vom 30. Juli 1899 (GS. S. 141) können die Kom-

munalverbände über die Art und Höhe der Reisekostenentschädigung, welche den Kommunalbeamten bei Dienstreisen zugebilligt werden soll, Vorschriften erlassen. Wie das Kammergericht übereinstimmend mit dem Reichsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung angenommen hat und auch jetzt wiederum annimmt, sind die auf Grund des § 6 dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften der Kommunalverbände über Dienstreisekosten bei Bemessung der Gebühren für gerichtliche Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen der Kommunalbeamten in den Fällen des § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige zugrunde zu legen (vgl. Ausführungsanweisung zu dem Gesetz vom 30. Juli 1899 — vom 12. Oktober 1899, Art. II, Ziff. 3, MinBl. f. d. i. V., S. 192).

Hiernach kommt es nur noch darauf an, ob der Magistratsbeschluß vom $\frac{\text{28. Dezember 1910}}{\text{17. August 1911}}$, wonach die Mitglieder des Magistrats R. in die Gruppe IV des Gesetzes vom 26. Juli 1910 eingereiht sind, als rechtswirksam angesehen werden kann. Der Beschluß beruht auf dem I. Nachtrag zum Ortsstatut, betreffend Anstellung und Versorgung der Beamten der Stadt R., vom 5. April 1900 — vom 5. November 1910; er stellt selbst kein von dem Magistrat in Übereinstimmung mit den Stadtverordneten erlassenes Ortsstatut dar, wie die Strafkammer annimmt, sondern eine Entscheidung des Magistrats, die ihm in dem Ortsstatut besonders übertragen ist. Diese Übertragung ist keine ungesetzliche; das Ortsstatut ist auf Grund eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung ergangen und von dem Bezirksausschuß genehmigt. Dadurch hat es nach § 11 der Städteordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856 (GS. S. 237) in Verbindung mit § 16 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883 (GS. S. 237) die Eigenschaft eines Ortsrechtes erlangt; seine Bedeutung und Wirkung gleicht hierbei derjenigen von wirklichen Gesetzen; für die Stadt R. hat er Gesetzeskraft erlangt und ist als Ortsgesetz auch von den Gerichten zu beachten. Ebenso wie ein Staatsgesetz kann auch ein Ortsgesetz die ihm zustehenden Befugnisse auf andere übertragen, nur darf dies den bestehenden Staatsgesetzen nicht widersprechen. Deshalb durfte das Ortsstatut vom 5. November 1910 bestimmen: »Über die Einreihung in die einzelnen Klassen entscheidet der Magistrat«; der demgemäß erlassene Beschluß des Magistrats ist rechtswirksam, er bedurfte weder der Zustimmung der Stadtverordnetenversammlung noch auch der Genehmigung des Bezirksausschusses (vgl. Urteil des OVG. v. 15. Januar 1907, Entsch. Bd. 50, S. 4 ff. [8]); mit den Gesetzen steht er nicht im Widerspruche. Nach seinen Anordnungen mußten die Tagegelder und die Erstattung der Reisegelder des Beschwerdeführers festgesetzt werden, wie dies auch von dem Oberstaatsanwalt angenommen ist. Danach würde der Beschwerdeführer nicht nach Klasse V (Tagegelder 12 Mark für den Tag und Zugang und Abgang je 1 Mark), sondern nach Klasse IV (Tagegelder 15 Mark für den Tag und Zugang und Abgang je 1,50 Mark) zu beurteilen sein. Unter dieser rechtlichen Würdigung des Sachverhalts sind die Gebühren des Beschwerdeführers bei dem Landgericht festzusetzen.

Der Umstand, daß die Magistratsmitglieder einer so kleinen Stadt wie R. hinsichtlich ihrer Dienstreisen den höheren Staatsbeamten gleichgestellt sind, vermag eine andere Entscheidung nicht herbeizuführen. Hätte die Staatsverwaltung diesem Umstande ein besonderes Gewicht beilegen wollen, so brauchte sie den I. Nachtrag zu dem Ortsstatut bloß nicht zu genehmigen, wodurch sie dem Magistrat eine selbständige Entscheidung entziehen konnte.

StGB. § 198. StPO. §§ 227, 236, 273, 428.

Bedeutung des § 198 StGB. Ist bei wechselseitigen Beleidigungen in dem Falle, daß Privatklage wegen Beleidigung erhoben, das Hauptverfahren eröffnet und der Angeklagte zur Hauptverhandlung geladen ist, der Angeklagte verpflichtet, wegen einer ihm vom Privatkläger zugefügten Beleidigung vor dem in dem anhängigen Verfahren erkennenden Gericht den erforderlichen Strafantrag zu stellen, oder ist auch der in einer selbständigen Privatklage innerhalb der im § 198 StGB. bestimmten Zeit gestellte Strafantrag wirksam?

II. StS. U. v. 19. Januar 1912. B. g. S. 2 V. 225/11.

Gründe: Der Angeklagte S. hatte am 15. September 1910 gegen den Privatkläger B. Privatklage wegen einer ihm am 25. Juni 1910 zugefügten Beleidigung erhoben. Nach der am 22. September 1910 erfolgten Zustellung der Anklageschrift ist das Hauptverfahren am 5. Oktober 1910 eröffnet und der jetzige Prtvatkläger B. am 12. Oktober 1910 zur Hauptverhandlung am 25. Oktober 1910 geladen worden. In dieser ist er wegen Beleidigung des jetzigen Angeklagten S. zu einer Geldstrafe von 10 Mark verurteilt worden.

Die gegenwärtige Privatklage betrifft eine Beleidigung, die der Angeklagte S. dem Privatkläger B. am 29. August 1910 zugefügt hat.

Zwischen den Parteien liegen unzweifelhaft wechselseitige Beleidigungen im Sinne des § 198 StGB. vor. Da der gegenwärtige Privatkläger es unterlassen hat, wegen der jetzt angeklagten Beleidigung den erforderlichen Strafantrag in dem gegen ihn anhängig gewesenen Verfahren in der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 1910 zu stellen, so entsteht die Frage, ob das gegenwärtige Privatklageverfahren zulässig ist. Das Landgericht hat diese Frage im Gegensatz zum Schöffengericht bejaht, weil es den § 198 StGB. nur auf solche Fälle bezieht, in denen der Angeklagte bisher noch nicht die Bestrafung des Privatklägers verlangt hatte. Diese Voraussetzung fehlt im vorliegenden Fall. Denn der Privatkläger hat die gegenwärtige Klage am 14. Oktober 1910 erhoben, worauf nach der am 21. Oktober 1910 erfolgten Zustellung an den jetzigen Angeklagten S. das Hauptverfahren am 6. November 1910 eröffnet worden ist.

Der Vergleich der für beide Prozesse in Betracht kommenden Daten ergibt, daß die gegenwärtige Klage vor der Hauptverhandlung des ersten Prozesses erhoben worden ist. Zu entscheiden ist daher die Frage, ob der Privatkläger trotz dieser Sachlage verpflichtet war, den Strafantrag in der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 1910 zu wiederholen.

Das Gesetz schreibt vor, daß bei wechselseitigen Beleidigungen, sobald von einem Teil auf Bestrafung angetragen worden ist, der andere Teil verpflichtet ist, den Antrag auf Bestrafung spätestens vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz zu stellen. Wenn man lediglich den Wortlaut des Gesetzes betrachtet, so kommt für den Strafantrag des andern Teils eine Zeitbestimmung in Betracht. Er muß den Antrag vor Schluß der Hauptverhandlung gestellt haben. Das ist im vorliegenden Fall geschehen, denn der Antrag ist am 14. Oktober 1910 vor der Hauptverhandlung des ersten Prozesses vom 25. Oktober 1910 gestellt worden.

Es fragt sich aber weiter, ob § 198 StGB. über die bloße Zeitbestimmung hinaus insofern eine örtliche Beziehung enthält, als er die Stellung des Strafantrages mit ausschließlicher Wirkung vor dem ersterkennenden Gericht verlangt. Das ist der Standpunkt der Revision, die ausführt, daß der vor der Hauptverhandlung in einer selbständigen Privatklage gestellte Antrag

unwesentlich sei und nur einer Ankündigung des in der Hauptverhandlung zu stellenden Antrages gleichstehe. Der Revision kann zugegeben werden, daß die Stellung des Antrages in der Hauptverhandlung in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat. Es sollten, wie die Begründung des § 198 StGB. ergibt, alle zwischen den streitenden Teilen vorgefallenen Beleidigungen zur Kenntnis des zuerst mit der Sache befaßten Gerichts gebracht werden, weil es im Interesse einer sachgemäßen und erschöpfenden Aburteilung läge, daß die wechselseitigen Beleidigungen in einem Verfahren zur Erörterung und Entscheidung gelangten. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zwang zu einer gleichzeitigen und einheitlichen Entscheidung über wechselseitige Beleidigungen ist aber nicht durchführbar, weil es hierzu an den erforderlichen gesetzlichen Bestimmungen fehlt. Wird der Gegenantrag in dem auf öffentliche Klage erhobenen Verfahren gestellt, so könnte seine Erörterung in diesem Verfahren nur erfolgen, wenn der Staatsanwalt gegen den ersten Antragsteller eine neue Klage erhebt und die Verbindung dieser Klage mit der schwebenden beantragt. Für dieses Verfahren wäre die Vertagung der Hauptverhandlung gegen den antragstellenden Angeklagten unerläßliche Voraussetzung. Da aber das Gericht weder verpflichtet ist, einem Vertagungsantrage stattzugeben (§ 227 StPO.) oder die Verbindung der neu eingehenden Sache mit der schwebenden anzuordnen (§ 236 StPO.), so besteht keine gesetzliche Sicherheit für die gleichzeitige Entscheidung über die wechselseitigen Beleidigungen.

Nicht anders ist die Rechtslage im Privatklageverfahren. Hier kann der Beschuldigte nach § 428 StPO. mittels einer Widerklage die Bestrafung des Privatklägers beantragen. Tut er das, so muß über Klage und Widerklage gleichzeitig entschieden werden. Das Gesetz befugt aber den Angeschuldigten nur zur Erhebung einer Widerklage, verpflichtet ihn aber nicht dazu. Der Angeschuldigte kann, um die Antragsfrist des § 198 StGB. zu wahren, erklären, daß er Strafantrag gegen den Privatkläger stelle, und diese Erklärung muß in das Protokoll über die Hauptverhandlung aufgenommen werden (§ 273 StPO.). Eine Verpflichtung, den Strafantrag in der Form der Widerklage zu stellen, ist im Gesetz nicht ausgesprochen. Der Beschuldigte ist deshalb nicht gehindert, von einer Widerklage abzusehen, und berechtigt, eine selbständige Privatklage zu erheben, sofern er die Antragsfrist in der bezeichneten Weise gewahrt hat. (Vgl. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 2, 24; Bennecke, Lehrbuch des Strafprozesses, S. 649; v. Kries, desgl., S. 732; RGSt. 29, 116.)

Im vorliegenden Fall durfte der Privatkläger die vor der Hauptverhandlung des Gegenprozesses erhobene Privatklage weiterverfolgen, ohne zur Wiederholung des Strafantrages in der Hauptverhandlung genötigt zu sein. Er blieb aber hierzu berechtigt, und wenn er erklärt hätte, daß er von Verfolgung der Privatklage absehen und nunmehr Widerklage erheben wolle, so hätte dieser nicht, wie das Landgericht meint, der Grundsatz »ne bis in idem« entgegengestanden. Es hätten vielmehr beide Sachen miteinander verbunden werden müssen, wie die Sondervorschrift des § 428 Abs. 2 StPO. klar ergibt.

StPO. §§ 170, 435 Abs. 2. Inwiefern ist der Kreis der nach § 435 Abs. 2 StPO. zum Anschluß als Nebenkläger berechtigten Personen in jener Bestimmung begrenzt? Reicht es für die Zulässigkeit der Nebenklage nach § 435 Abs. 2 StPO. aus, daß der Verletzte durch eine Straftat mittelbar getroffen wird, oder muß diese sich unmittelbar gegen Leben, Gesundheit usw. des Verletzten gerichtet haben?

II. StS. B. v. 26. Juni 1914. g. K. u. Gen. 2 W. 730/14.

Gründe: Die Beschwerdeführerin hat durch den Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 170 StPO.) die Erhebung der öffentlichen Klage gegen die Angeschuldigten herbeigeführt. Ihre Beschwerde gegen den Beschluß der Strafkammer, durch den das Verfahren nach dem Schluß der Voruntersuchung mangels ausreichenden Beweises eingestellt worden ist und die Angeschuldigten außer Verfolgung gesetzt worden sind, ist nicht zulässig. Die Beschwerdeführerin ist allerdings vom Landgericht als Nebenklägerin zugelassen worden, diese Zulassung verstößt aber gegen das Gesetz und kann deshalb das Recht zur Beschwerdeführung nicht begründen.

Nach § 435 Abs. 2 StPO. steht die Befugnis, sich als Nebenkläger anzuschließen, dem Verletzten, der die Erhebung der öffentlichen Klage herbeigeführt hat, nur zu, wenn die strafbare Handlung gegen sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit, seinen Personenstand oder seine Vermögensrechte gerichtet war. Der Kreis der Personen, die als Nebenkläger zugelassen werden können, ist hiernach erheblich enger als der zum Antrage auf gerichtliche Entscheidung berechtigten Personen. Während der Antrag allgemein dem durch dte Straftat Verletzten zusteht, kann sich nicht jeder Verletzte als Nebenkläger anschließen. Diese Befugnis wird beschränkt nach der Art der strafbaren Handlung, die sich gegen bestimmt bezeichnete Rechtsgüter richten muß. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Meineid, der in einer Privatklagesache zwischen der Angeschuldigten S. und der Antragstellerin (148 B. 137/13, B.-M.) geleistet sein soll. So wenig verkannt werden kann, daß die Antragstellerin durch diese Straftat verletzt ist, so kann doch nicht anerkannt werden, daß der Meineid, das Verbrechen als solches, gegen die bezeichneten Rechtsgüter gerichtet ist. Der Meineid gefährdet die Rechtspflege; das Rechtsgut, gegen das er sich richtet, ist die Sicherheit der Rechtspflege. Für die Zulässigkeit der Nebenklage nach § 435 Abs. 2 StPO. reicht es nicht aus, daß der Verletzte durch eine Straftat mittelbar getroffen wird, diese muß sich vielmehr unmittelbar gegen Leben, Gesundheit usw. des Verletzten gerichtet haben. Allerdings hat das Reichsgericht (RGRspr. 10, 419) die Zulässigkeit der Nebenklage in einem ähnlich liegenden Fall angenommen. Dieser Ansicht vermag der Senat indes nicht beizutreten, weil sie die Grenzen verwischt, die das Gesetz zwischen den verschieden abgestuften Befugnissen des Verletzten hat ziehen wollen.

Die Beschwerde war deshalb als unzulässig zu verwerfen.

Mitgeteilt von Landrichter Schleyer in Magdeburg.

§ 2 der Verordnung des Bundesrats vom 2. Februar 1910 über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Polizeiverordnung für den Polizeibezirk von Magdeburg vom 1. Oktober 1882, § 366 Ziff. 9 StGB.: Auf das Stehenlassen von Kraftfahrzeugen auf öffentlicher Straße findet nicht die den Verkehr von Fuhrwerken regelnde Polizeiverordnung, sondern möglicherweise § 366 Ziff. 9 StGB. Anwendung.

Urteil vom 27. Oktober 1913. 1 S. 856/13.

Nach § 2 der Verordnung des Bundesrats vom 2. Februar 1910 über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen gelten für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sinngemäß die den Verkehr von Fuhrwerken oder von Fahrrädern auf öffentlichen Wegen und Plätzen allgemein regelnden Vorschriften, sofern nicht in der Verordnung selbst oder von den Landeszentralbehörden andere Bestimmungen getroffen werden. Da solche Vorschriften über das in Frage kommende Stehenlassen von Kraftfahrzeugen auf öffentlicher Straße nicht



erlassen sind, war zu prüfen, ob die den Verkehr von Fuhrwerken regelnde Polizeiverordnung zur Anwendung zu bringen ist.

Wie festgestellt, hat der Angeklagte in der Nacht vom 13. zum 14. März 1913 einen Privatkraftwagen, den er führte, vor einem Hause in öffentlicher Straße zu M. dicht an den Bordsteinen mindestens $^3/_4$ Stunde stehenlassen, nachdem er den Motor abgestellt und die Vorrichtung eingeschaltet hatte, die verhindert, daß ein Unbefugter das Fahrzeug in Bewegung setzen kann.

Die Strafkammer hat die Polizeiverordnung für den Polizeibezirk von M. vom 1. Oktober 1882 für nicht anwendbar erklärt; sie ist der Ansicht, daß ein Kraftfahrzeug, das sich mit wenigen Handgriffen wieder in Bewegung setzen lasse, eher einem stehengelassenen bespannten Fuhrwerk zu vergleichen sei; bei Aufstellung bespannter Fuhrwerke werden aber in § 86 VO. besondere polizeiliche Anordnungen vorausgesetzt, an denen es hier fehle.

Die Revision will ein, wie festgestellt, stehengelassenes Kraftfahrzeug einem unbespannten Fuhrwerk im Sinne des § 85 VO. gleichstellen und hält den Angeklagten für strafbar, weil nach dieser Vorschrift die Benutzung öffentlicher Straßen zur Aufstellung von unbespannten Fuhrwerken, Hundewagen, Handwagen, Schubkarren u. dgl. der polizeilichen Erlaubnis bedarf.

Das Revisionsgericht vermochte keiner von den beiden entgegenstehenden Ansichten beizutreten.

Die Polizeiverordnung gibt unter I A erschöpfende Vorschriften über den »Fuhrwerksverkehr«. Die einzige hier in Betracht kommende Bestimmung ist in § 23 enthalten; sie lautet: »Es ist verboten, bespannte Fuhrwerke auf öffentlichen Straßen und Plätzen aufsichtslos stehenzulassen.« Das Verbot hat seine Begründung in den Gefahren, die durch unbeaufsichtigte Pferde für das auf den Straßen verkehrende Publikum entstehen können. Irgendwelche Gefahren ähnlicher Art kommen nicht in Frage, wenn, wie im vorliegenden Falle, das Kraftfahrzeug gegen Benutzung durch Unbefugte gesichert, stehengelassen wird. Eine Anwendung des § 23 auf das Stehenlassen von Kraftfahrzeugen ist deshalb ausgeschlossen.

Die §§ 85 und 86 VO. gehören nicht zu den Vorschriften zu I A über den Fuhrwerksverkehr und sind schon aus diesem Grunde nicht zu den in § 2 der Bundesratsverordnung für sinngemäß anwendbar erklärten Polizeivorschriften zu rechnen. Beide Bestimmungen stehen unter der Überschrift: »Beeinträchtigung des Verkehrs durch andere Handlungen und Unterlassungen«. Die in § 85 vorausgesetzte »B e n u t z u n g« öffentlicher Straßen z u r A u f s t e l l u n g von unbespannten Fuhrwerken muß von vornherein auf eine gewisse Dauer beabsichtigt sein; das ergibt der Wortlaut und Sinn der Vorschrift; wer ein unbespanntes Fuhrwerk, einen Handwagen oder einen Schubkarren vorübergehend kurze Zeit auf der Straße stehenläßt, von dem sagt man nicht, daß er die Straße zur Aufstellung dieser Geräte benutzt; er bedarf dazu auch nicht der Erlaubnis des Polizeipräsidenten. In § 86 wird Bestimmung getroffen für Fälle von Aufstellung bespannter Fuhrwerke auf öffentlicher Straße; bei solchen Gelegenheiten hat die Polizei maßgebende Anordnungen zu treffen. Beide Vorschriften sind auf das Stehenlassen eines Kraftfahrzeuges nicht anwendbar.

Das angegriffene Urteil war deshalb aufzuheben. Es liegt die Möglichkeit vor, daß der Angeklagte sich der Übertretung des § 366 Ziff. 9 StGB. schuldig gemacht hat. Diese Vorschrift kann auf Kraftfahrzeuge allerdings nicht ohne weiteres angewendet werden, wofern sie als Beförderungsmittel dienen sollen. (Urt. des KG. vom 5. Juni 1905, 1 S. 344/05.) Die Urteils-

feststellungen geben aber hierüber keinen Aufschluß, ob der Angeklagte zu der fraglichen Zeit die Absicht gehabt hat, den Kraftwagen zu diesem Zweck zu benutzen. Das Stehenlassen des Wagens muß objektiv rechtswidrig sein, wenn § 366 Ziff. 9 verletzt sein soll.

(Olshausen, StGB. Note b zu § 366 Ziff. 9.) Hierauf werden sich die Feststellungen der Strafkammer bei der erneuten Verhandlung zu erstrecken haben.

---

§§ 11 Abs. 3, 12 Nr. 3 der Polizeiverordnung des Oberpräsidenten der Provinz Sachsen vom 27. Oktober 1905 über die äußere Heilighaltung der Sonn- und Feiertage (Amtsblatt Magdeburg, S. 477), § 366 Ziff. 1 StGB. Kann auf Tanzlustbarkeiten, welche am ersten Feiertage eines der drei hohen Feste (Weihnachten, Ostern und Pfingsten) abends beginnen und bis in den zweiten fortdauern, eine Vorschrift angewendet werden, wonach solche Vergnügungen an einem Festtage vor drei Uhr nachmittags nicht anfangen dürfen? Öffentliches »Vereinsvergnügen«.

Urteil vom 8. Januar 1914. 1 S. 1094/13.

Angeklagter G. ist Vorsitzender des Stenographenvereins »Stolze«. Dieser Verein veranstaltete am 23. März 1913, dem ersten Osterfeiertage, in einem öffentlichen Gasthause in G. eine Vereinsvergnügung mit anstoßendem Ball, welcher vor Mitternacht begann und über Mitternacht hinaus bis in die ersten Stunden des zweiten Osterfeiertages hinein dauerte.

Das LG. hat den Angeklagten G. deshalb wegen Übertretung des § 11 Abs. 3 der Polizeiverordnung des Oberpräsidenten der Provinz Sachsen vom 27. Oktober 1905 über die äußere Heilighaltung der Sonn- und Feiertage (Amtsblatt Magdeburg, S. 477) bestraft. Nach dieser Vorschrift dürfen an Sonn- und Feiertagen Tanzmusiken, Bälle und ähnliche Lustbarkeiten in Gasthäusern, Schankwirtschaften und sonstigen Vergnügungslokalen, auch wenn sie in geschlossenen Gesellschaften stattfinden, vor 3 Uhr nachmittags nicht anfangen. Diese Bestimmung, so führt die Strafkammer aus, werde allerdings durch die Ausdehnung der an einem Sonnabend begonnenen Lustbarkeit bis nach 1 Uhr nachts nicht übertreten, da die Feier der Sonntage nicht schon mit Beginn des Kalendertages, sondern erst mit den Morgenstunden des Feiertages beginne. Dieser Gesichtspunkt müsse aber, wie das Kammergericht wiederholt ausgesprochen habe, bei Ausdehnung eines an einem ersten Feiertage beginnenden Tanzes auf den zweiten ausscheiden, da die Feier des Kirchenfestes schon am Tage vorher begonnen habe und vom Beginn an bis zum Ende des zweiten Feiertages fortdauere. Die Fortsetzung einer, wenn auch privaten Tanzlustbarkeit in den Morgenstunden des zweiten Feiertages enthalte deshalb eine Übertretung des § 11 Abs. 3.

Die Revision des Angeklagten mußte Erfolg haben, da der Begründung des angefochtenen Urteils nicht beigetreten werden kann.

Das Kammergericht hat bisher darüber noch nicht entschieden, ob auf Tanzlustbarkeiten, welche am ersten Feiertage eines der drei hohen Feste abends beginnen und bis in den zweiten fortdauern, eine Vorschrift angewendet werden kann, wonach solche Vergnügungen an einem Festtage vor 3 Uhr nachmittags nicht anfangen dürfen. Vielmehr hat das Kammergericht bisher nur solche Fälle behandelt, in denen das Tanzen erst nach Ablauf des ersten Feiertages, also nach Mitternacht und nachdem kalendermäßig der zweite Feiertag eingetreten war, begonnen hatte. In den betreffenden Urteilen wurde die Anwendbarkeit der erwähnten Vorschrift bejaht, der größte Teil dieser Entscheidungen betraf Fälle, in denen



die betreffende Polizeiverordnung, wie z. B. die für die Provinz Brandenburg am 21. Juli 1911 erlassene, auch für die ersten Feiertage alle öffentlichen und privaten Bälle verbietet; in der Begründung wurde hervorgehoben, daß nach den betreffenden Vorschriften der erste Feiertag und der zweite bis 3 Uhr nachmittags einen zusammenhängenden Zeitraum bilden, innerhalb dessen jede derartige Lustbarkeit verboten ist.

Auch in dem am 24. Juni 1912 erlassenen Urteil wider B., 1 S 537/12, welches wegen Übertretung der sächsischen Oberpräsidial-Polizeiverordnung von 1905 erging, handelte es sich um eine am zweiten Weihnachtfeiertage begonnene private Tanzlustbarkeit; dort wurde die Anwendbarkeit des § 11 Abs. 3 bejaht. Wenn also in dem späteren, eine andere Frage betreffenden Urteil vom 17. Februar 1913 gegen D., 1 S 62/13 bei Anwendung der gleichen Verordnung beiläufig bemerkt wird, daß in der Sache wider B. die Strafbarkeit eines am ersten Feiertage begonnenen und bis in den zweiten fortgesetzten Balles mit Rücksicht auf § 12 Nr. 3 der erwähnten Verordnung angenommen worden sei, so kann diese von der Strafkammer ihrer Entscheidung zugrunde gelegte Annahme nicht aufrechterhalten werden.

Die vorliegende Polizeiverordnung verbietet in § 12 Nr. 3 an jedem ersten Tage der drei großen Feste (Weihnachten, Ostern und Pfingsten) öffentliche Tanzlustbarkeiten und Bälle. Sie gestattet also damit an diesen Tagen private Tanzlustbarkeiten und Bälle, sofern sie erst nach 3 Uhr nachmittags anfangen (§ 11 Abs. 3). Dauert eine solche private Tanzlustbarkeit bis in die Morgenstunden des zweiten Feiertages fort, so ist dies die straflose Fortsetzung eines erlaubten Tanzes (Urteil vom 3. Juli 1905, 1 S 455/05) und verstößt insbesondere nicht gegen § 11 Abs. 3, da die Lustbarkeit nicht an dem betreffenden Feiertage angefangen, sondern vorher begonnen hat und nur bis in diesen Tag hinein fortgesetzt worden ist. Bezüglich der privaten Tanzlustbarkeiten hat also die vorliegende Polizeiverordnung einen zusammenhängenden, vom ersten bis zum zweiten Feiertage reichenden Zeitraum, während dessen sie ausgeschlossen sein sollen, nicht vorgeschrieben. Sofern daher, was das angefochtene Urteil anscheinend annimmt, die vom Stenographenverein »Stolze« veranstaltete Tanzlustbarkeit keine öffentliche war, hat Angeklagter sich nicht strafbar gemacht, das angefochtene Urteil war daher betreffs dieses Angeklagten aufzuheben.

Auf Freisprechung des G. konnte aber nicht erkannt werden, weil eine bedenkenfreie Feststellung, daß die Tanzlustbarkeit keine öffentliche war, nicht getroffen ist. Auch ein »Vereinsvergnügen« kann ein öffentliches sein. Dies kann insbesondere dann zutreffen, wenn die Mitgliederzahl des Vereins so groß, seine Organisation so lose ist, die Mitglieder so wechselnd und Erwerb und Verlust an so geringe Bedingungen geknüpft sind, daß das Vorhandensein einer geschlossenen Gesellschaft nicht angenommen werden kann (OVGE. 27, S. 428ff., KG. J. 20C, S. 115). Die von einem Verein veranstaltete Lustbarkeit ist aber auch dann eine öffentliche, wenn der Zutritt nicht nur den Mitgliedern, ihren Angehörigen und Gästen, sondern einer nach Zahl, Art und Individualität unbestimmten Mehrheit von Personen freisteht. Nach dieser Richtung ist der Sachverhalt zu prüfen. Ergibt sich die Öffentlichkeit des Festes und ein Verschulden des Angeklagten G., so muß er wegen Übertretung des § 12 Nr. 3 bestraft werden, weil der Ball schon am ersten Feiertag begonnen hat. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten der Revisionsinstanz an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

§§ 7, 10 des Gesetzes vom 27. Februar 1880, betreffend die Besteuerung des Wanderlagergewerbebetriebes (GS. S. 174). Bemessung der Strafe. Keine Einziehung.

Urteil vom 22. Dezember 1913 1 S 1003/13.

Die Revision scheitert, soweit sie die Schuldfrage betrifft, an der tatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urteils, auf welche ohne Rechtsirrtum die §§ 1, 6 und 7 des Gesetzes vom 27. Februar 1880, betreffs die Besteuerung des Wanderlagerbetriebes (GS. S. 174) angewendet sind. Bedenkenfrei ist insbesondere die Annahme der Strafkammer, daß Angeklagter in der hier in Frage kommenden Zeit, nämlich vom 2.—14. Dezember 1912, in N. gewohnt und in A. weder einen Wohnort gehabt noch eine gewerbliche Niederlassung begründet hat, und daß er trotzdem in der angegebenen Zeit Waren eines Wanderlagers von einer festen Verkaufsstelle aus feilgeboten hat. Der von der Revisionsbegründung vermißten Feststellung, daß Angeklagter Geräte und Vorrichtungen hatte, um die Waren von einem Ort zum andern zu schaffen, bedurfte es nicht, da eine Absicht, die Waren von einem Ort zum andern zu schaffen, für den Begriff des Wanderlagers nicht erfordert wird (RGE. 29, S. 1 ff., KG. J. 31 C, S. 8 ff.).

Dagegen ist die Strafe unrichtig bemessen. Das Berufungsgericht hat für jede Woche des unversteuerten Betriebes »nach der Festsetzung der Königlichen Regierung« auf 100 Mark erkannt. Dies ist rechtsirrtümlich. Für die Bemessung der Strafe nach § 7 des Gesetzes von 1880 ist nicht — wie nach § 28 Abs. 1 des Hausiersteuergesetzes vom 3. Juli 1876 und nach § 73 Abs. 5 des Gewerbesteuergesetzes vom 24. Juni 1891 — die von der Regierung festzusetzende Steuer maßgebend. Vielmehr ist die Höhe der Steuer aus dem Gesetz selbst, und zwar nach § 4 des Gesetzes von 1880 in Verbindung mit § 1 Abs. 2 des Gewerbesteuergesetzes von 1891, zu entnehmen. Danach gehört A. als Dorf (Landgemeinde) zu den Orten der vierten Gewerbesteuerabteilung, für welche die Steuer 30 Mark beträgt. Die Strafe war daher auf 120 Mark festzusetzen; an deren Stelle ist für den Fall der Nichtbeitreibung in Übereinstimmung mit dem Antrage der Königlichen Oberstaatsanwaltschaft die geringste Ersatzstrafe von 1 Tag Haft für je 15 Mark gesetzt worden.

Eine Einziehung konnte nicht ausgesprochen werden, da § 10 des Gesetzes von 1880 zwar im Anschluß an § 29 des Hausiersteuergesetzes eine Beschlagnahme — über welche sich das Strafurteil nicht auszusprechen hat (vgl. Delius bei Groschuff, Preuß. StG., 2. A., S. 546 Anm. 3, Satz 2 zu 29) — aber keine Einziehung kennt. § 40 StGB. greift nicht Platz, da nur eine Übertretung vorliegt.

Die Revision war daher mit der Maßgabe, daß Angeklagter nur der Übertretung des Gesetzes von 1880 schuldig ist, die Strafe auf 120 Mark herabgesetzt wird und der Ausspruch über die Einziehung wegfällt, zurückzuweisen.

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt von OLGerichtsrat, Geh. Justizrat Sieburg in Celle.

Zur Auslegung des § 8 der auf Grund der früheren Fassung des § 154 Abs. 4 GO. erlassenen Kaiserlichen Verordnung vom $\frac{\text{31. Mai 1897}}{\text{17. Februar 1904}}$ (RGBl. 1897, S. 459 bzw. 1904 S. 62) und zur Frage der Gültigkeit dieser

Verordnung gegenüber der jener Bestimmung der GO. durch die Novelle vom 28. Dezember 1908 gegebenen Fassung.

Urteil des StS. v. 3. März 1913. S. 12/13.

Gründe: Nach den Feststellungen des Landgerichts betreibt der Angeklagte eine Werkstätte, in der Frauen- und Kinderkleidung im großen angefertigt wird und gewöhnlich acht Mädchen, in der Hauptsaison bis zu zwölf Mädchen beschäftigt werden. Er ist von dem Landgericht wegen verschiedener Zuwiderhandlungen gegen die oben erwähnte Kaiserliche Verordnung auf Grund des § 149 Abs. 1 Ziff. 7 GO. verurteilt. In dem seine Revision zurückweisenden Urteil wird von dem Senat zunächst ausgeführt, daß entgegen der von der Staatsanwaltschaft in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht vertretenen Ansicht die Voraussetzungen des § 134i Satz 2 GO. nicht für festgestellt erachtet werden könnten, so daß eine unmittelbare Anwendung der den betreffenden Bestimmungen der Kaiserlichen Verordnung entsprechenden Bestimmungen der §§ 135 ff. GO. vorliegend ausgeschlossen sei. Sodann wird in dem Urteil gesagt:

Eine andere Frage aber ist die, ob nicht etwa auch die Kaiserliche Verordnung, und zwar deshalb unanwendbar erscheint, weil in deren § 8 bestimmt ist, daß sie »auf Werkstätten, in welchen der Arbeitgeber ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen beschäftigt«, keine Anwendung finden soll, und weil in dem angefochtenen Urteil die Behauptung des Angeklagten, daß die von ihm beschäftigten Mädchen in seinem Hause wohnten und Beköstigung erhielten, wenigstens nicht für widerlegt erachtet ist. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Dabei mag es dahingestellt bleiben, ob der § 8 der Verordnung schon mit Rücksicht darauf hier nicht zutreffen würde, daß nach den Feststellungen des Vorderrichters von dem Angeklagten in seiner Werkstätte außer den als Arbeiterinnen tätigen Mädchen noch eine Direktrice beschäftigt wird, hinsichtlich deren ausdrücklich jedenfalls nicht die Rede davon ist, daß sie im Hause des Angeklagten wohne und Beköstigung erhalte. Andererseits bedarf es der Erörterung nicht, ob, soweit letzteres bei den von dem Angeklagten beschäftigten Personen der Fall ist, davon auszugehen wäre, daß sie als in die Familie des Angeklagten aufgenommen und insofern als dessen »Familienglieder« oder »Familienangehörige« im Sinne des § 119 bzw. § 123 GO. anzusehen seien. Die Anwendung der Kaiserlichen Verordnung erscheint vorliegend in jedem Falle deshalb unbedenklich, weil unter den zur Familie des Arbeitgebers gehörigen Personen, von denen der § 8 der Verordnung spricht, überhaupt nur solche zu verstehen sind, die beschäftigt werden, ohne daß mit ihnen ein Arbeitsvertrag geschlossen ist. Soweit dagegen letztere Voraussetzung gegeben ist — was allerdings zum Beispiel hinsichtlich eigener minderjähriger Kinder des Arbeitgebers nur beachtlich sein würde, wenn der Vertragsabschluß unter Zuziehung eines Pflegers gemäß § 1909 BGB. erfolgt wäre —, liegt eine Familienzugehörigkeit im Sinne des § 8 der Verordnung nicht vor. Das ergibt sich aus folgendem:

Die fragliche Bestimmung beruht ausschließlich auf der mit ihr auch wörtlich gleichlautenden Bestimmung des Satzes 2 des Abs. 2 des § 154 GO. in der Fassung der Novelle vom 1. Juni 1891. Für die Auslegung des § 8 der Verordnung ist daher maßgebend, welche Bedeutung den betreffenden Worten in jener Bestimmung der GO. zukommt. In dieser Beziehung ist nun davon auszugehen, daß als »gewerbliche Arbeiter« im Sinne des Titels VII der GO., wie allgemein anerkannt wird, alle diejenigen

Personen, einschließlich der Familienangehörigen des Arbeitgebers, anzusehen sind, die — als »Arbeiter« — in einem gewerblichen Unternehmen auf Grund eines Vertragsverhältnisses beschäftigt werden, und daß hierüber auch schon vor Erlaß der Novelle von 1891 kein Zweifel bestand; vgl. u. a. v. Landmann, Kommentar zur GO., 6. Aufl., Note 6 zu Titel VII, auch Ziffer 182 Nr. 2 der zur GO. erlassenen Preußischen Ausführungsanweisung vom 1. Mai 1904 (Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung, S. 123). Daß aber die Novelle, wenn sie einerseits im Satz 1 des Abs. 4 des § 154 verschiedene Bestimmungen der GO. auf die Beschäftigung in »anderen Werkstätten« für anwendbar erklärte, auf welche diese Bestimmungen bisher noch nicht anwendbar waren, mit dem andererseits bestimmten Verbote der Anwendung auf Werkstätten, »in welchen der Arbeitgeber ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen beschäftigt«, dadurch in bezug auf solche Werkstätten auch den Begriff des gewerblichen Arbeiters, wie er vorstehend dargelegt ist, hätte einschränken wollen, kann schon bei der ganzen Tendenz der Novelle, die gerade den erhöhten Schutz der Arbeiter gegen Ausbeutung der Arbeitskraft bezweckte und deshalb auch allgemein als Arbeiterschutzgesetz bezeichnet wird, ohne weiteres nicht angenommen werden. Gegen eine solche Annahme sprechen außerdem die amtliche Begründung des Entwurfs der Novelle (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/91, Anlagenband 1, Aktenstück Nr. 4, S. 23 und 30) sowie die Äußerungen einzelner Abgeordneten bei der zweiten Beratung des Entwurfs im Reichstag (daselbst Band 4, S. 2543) und namentlich die Verhandlungen in der zur Beratung des Entwurfs eingesetzten Kommission. Hier ist ein Antrag, welcher die Streichung des betreffenden Satzes bezweckte und damit begründet war, daß »es Recht wie Pflicht des Staates sei, jeder Ausbeutung der Arbeitskraft entgegenzutreten, auch dann und erst recht dann, wenn Familienangehörige ausgenutzt würden«, deshalb abgelehnt, weil »die meisten Kommissionsmitglieder glaubten, sich in dem Rahmen, der in der bisherigen Gewerbeordnung innegehalten sei, halten zu sollen, wonach, soweit bloß Familienangehörige beschäftigt würden, das Gesetz keine Anwendung finde« (a. a. O., Anlagenband 2, Aktenstück 190, S. 1484).

Wie hiernach schon anzunehmen ist, daß gewerbliche Arbeiter, auch wenn sie in die Familie des Arbeitgebers aufgenommen sind, nicht als zu der Familie gehörige Personen im Sinne des § 154, Abs. 4, Satz 2 der Novelle von 1891 zu gelten haben, so ist von besonderer Bedeutung auch noch die amtliche Begründung des Entwurfs der Novelle zur GO. vom 28. Dezember 1908. Nach diesem Entwurfe sollte in die GO. u. a. ein neuer Titel »VII a Hausarbeit« aufgenommen werden (der wegen Schlusses der Sitzungsperiode des Reichstags nicht zustande gekommen und später, mit Abänderungen, selbständiges Gesetz, das Hausarbeitsgesetz vom 20. Dezember 1911, geworden ist), und es ist in der Begründung zu der Nr. 1 des § 139n des, die §§ 139n bis 139y enthaltenden, neuen Titels, nach welcher dessen Bestimmungen auf Werkstätten Anwendung zu finden hätten, »in denen der Arbeitgeber ausschließlich zu seiner Familie gehörige Personen beschäftigt«, ausdrücklich hervorgehoben, daß eine solche Beschäftigung nur vorlige, »sofern sie nicht etwa auf Grund eines gewerblichen Arbeitsvertrags stattfinde«, während an anderer Stelle noch bemerkt ist, daß der Begriff der Beschäftigung in Familienbetrieben im Sinne der Nr. 1 des § 139n abweichend von der GO. nicht das Vorhandensein eines gewerblichen Arbeitsvertrags und auf seiten des Beschäftigten nicht die

Eigenschaft eines gewerblichen Arbeiters voraussetze, als beschäftigt vielmehr die Familienangehörigen schon dann gelten sollten, wenn sie dem Arbeitgeber bei der Arbeit tatsächlich hülfen (Stenographische Berichte zu den Verhandlungen des Reichstags, 12. Legislaturperiode, 1. Session 1908, Anlagenband 244, Aktenstück Nr. 552, S. 9, 31 und 32). In dem Entwurf der Novelle war aber in dessen, im übrigen zum Teil mit abweichender Fassung aufgenommenen § 154 der GO., und zwar nunmehr in Abs. 5 dieses Paragraphen, der fragliche Satz des bisherigen Abs. 4 wörtlich wiederholt (a. a. O. S. 14), und es muß als ausgeschlossen erscheinen, daß der Entwurf unter den Worten des Abs. 5 des § 154 etwas anderes verstanden hat als unter den gleichen Worten des § 139n. Dementsprechend hat sich auch der Bevollmächtigte zum Bundesrat, Direktor im Reichsamt des Innern, Caspar bei der ersten Beratung des Entwurfs im Reichstag geäußert, und derselbe hat damals ferner bemerkt, daß der Satz sich zur Klarstellung empfehle, wenn er auch an sich überflüssig sei (a. a. O. Band 231, S. 3506/3507). Auch diese Bemerkung spricht dafür, daß mit der durch die Novelle von 1891 erfolgten Aufnahme des Satzes in die GO. an dem bisherigen Rechtszustande in bezug auf den Begriff des gewerblichen Arbeiters nichts hat geändert werden sollen. Wenn im übrigen der Satz in dem Entwurf der Novelle von 1908 bei dessen zweiten Beratung im Reichstag von diesem gestrichen ist und infolgedessen seit dieser Novelle in der GO. fehlt, so ist das für die hier zu entscheidenden Frage ohne Bedeutung, da die Streichung, wie die betreffenden Verhandlungen ersehen lassen, nur mit Rücksicht auf die Erwägung geschehen ist, daß die Arbeiterschutzgesetzgebung vor den Familienbetrieben überhaupt nicht haltzumachen habe (a. a. O. Band 231, S. 3495/3496, Band 233, S. 5983, 5989/5990). Auch ist es ungeachtet der Streichung natürlich gleichgültig, wenn der Bundesrat, sofern er Anordnungen gemäß § 154 erläßt, seinerseits die Familienbetriebe hiervon ausdrücklich ausnimmt; dadurch wird die Gültigkeit der Anordnungen nicht berührt.

Hiernach und da es nach dem von dem Vorderrichter für erwiesen erachteten Sachverhalt nicht zweifelhaft sein kann, daß der Angeklagte die betreffenden Personen auf Grund eines mit diesen geschlossenen Arbeitsvertrags beschäftigt hat, unterliegt die Anwendung der Kaiserlichen Verordnung vom $\frac{\text{31. Mai 1897}}{\text{17. Februar 1904}}$ ungeachtet des § 8 derselben keinem Bedenken. Die Anwendung wird aber auch nicht etwa dadurch in Frage gestellt, daß nach der auf der Novelle vom 28. Dezember 1908 beruhenden Fassung des § 154 GO. die betreffenden Anordnungen durch Beschluß des Bundesrats und nicht mehr wie früher durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesrats zu treffen sind. Wenn die fragliche Verordnung, die doch ohne weiteres auch dem jetzigen Erfordernis eines Beschlusses des Bundesrats deshalb entspricht, weil sie mit dessen Zustimmung erlassen ist, durch den Erlaß der Novelle ihre Gültigkeit hätte verlieren sollen, so hätte das in der letzteren ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, und das ist nicht geschehen. Ihre fortdauernde Gültigkeit wird auch allgemein anerkannt; vgl. u. a. v. Landmann a. a. O., Note 10a zu § 154 und Lindenbergs Kommentar zur GO. in Stengleins Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 4. Aufl., Bd. 3, S. 314, Note 11.

Besprechungen.

Von Josef Kohler.

Franz Hartz, Wesen und Zweckbeziehung der Strafe. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung, Münster i. W. 1914.

Diese inhaltsreiche Schrift ist insbesondere bedeutungsvoll durch die Darstellung der Lehre von Augustinus und Thomas von Aquin. Sehr viel Irrtümer wären vermieden worden, wenn die bahnbrechenden Geister, denen die früheren Zeiten den Schatz der rechtlichen Begriffe zu verdanken hatten, von jeher ihre Würdigung gefunden hätten, und es ist vielfach beschämend, wenn man heutzutage Argumentationen hört, welche schon vor Jahrhunderten so widerlegt waren, daß damals niemand sie vorzubringen gewagt hätte. Interessant ist auch die Beziehung unserer Strafrechtslehre zu der Kirchenlehre von den Höllenstrafen und vom stellvertretenden Erlösungstode Jesu Christi.

Franz Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel. Verlag J. Guttentag, Berlin. 1914.

Was in dem Werke richtig ist, daß nämlich die Sicherungsmittel mit den Strafmitteln nicht zusammenfallen können, weil die Zwecke der Sicherung von den Zwecken der Strafe so verschieden sind, daß man die gerechte Strafe bald ausdehnen, bald zusammenziehen muß, wenn man sie mit der Sicherung zusammenschweißt, ist schon längst anderwärts, insbesondere von mir an verschiedenen Orten, z. B. in »Moderne Rechtsprobleme«, 2. Auflage, S. 42, und »Leitfaden des deutschen Strafrechts«, S. 76, ausgesprochen worden. Weitere Bedeutung können wir dem Werke nicht zuschreiben; eine Vertiefung der Strafrechtstheorie findet sich in ihm nicht.

Alexander Eliaschewitsch, Die Bewegung zugunsten der kleinen landwirtschaftlichen Güter in England. Duncker & Humblot, München und Leipzig. 1914.

Die Verdrängung des landwirtschaftlichen Klein- und Mittelbesitzes zuerst im 15. und 16. Jahrhundert und dann seit Mitte und Ende des 18. Jahrhunderts und die Zerstörung des Bauerntums in England ist mit eines der Erklärungsmomente für den Niedergang der englischen Nation und ihres Versinkens in eine öde Kapitalwirtschaft. Hierüber und über die vergeblichen Bemühungen der Small holdings-Bewegungen finden sich in dem Buch belehrende Einzelheiten.

Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, siebente Auflage bearbeitet von Gerhard Anschütz. Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig. 1914.

Georg Meyers Lehrbuch des Strafrechts, geschätzt durch die Fülle des Materials und durch die besonnene Art seiner Darstellung, ist von Anschütz mit einer gewissen Selbständigkeit weitergeführt worden. Bis jetzt ist der erste Teil erschienen. Über die Gesamtaktstheorie bei Entstehung des Bundesstaates möchte ich noch auf die gründliche Darstellung von Coenders, Zeitschrift für Völkerrecht, III, S. 221 f., verweisen.

Bernhard Stark, Die Analyse des Rechts. Verlag Wilhelm Braumüller, Wien-Leipzig. 1916.

Der Verfasser ist mit der Rechtswissenschaft, und vor allem mit der Rechtsphilosophie unserer Tage sehr unzufrieden; das, was unsere großen Geister von Aristoteles, Thomas von Aquin bis auf Hegel gedacht, ist ja doch nur Spreu und unbrauchbare Verirrung! man muß wieder einmal mit dem ABC beginnen, mit der Lehre von den Wahrnehmungen und vom Denken. Indem wir uns mit der Außenwelt in Beziehung setzen, bekommen wir die Vorstellung von wirklichen Dingen und von gefürchteten Dingen. Die gefürchteten Dinge können nicht wirkliche Dinge sein, es sind Dinge, an deren Existenz man nur eben glaubt; dies sind die metaphysischen transzendenten Dinge. Gibt es bezüglich dieser ein vernünftiges Denken? Nein. Das logische Denken auf Grund metaphysischer Begriffe liefert nicht die Wahrheit und ist ein unvernünftiger Irrtum. Ein eigentlich logisches Erkennen gibt es ja überhaupt nicht, und wenn wir aus Prämissen schließen, so ist die Schlußfolgerung nur ein Schein.

Auf solche Weise schneidet natürlich auch die Rechtswissenschaft sehr schlecht ab. Sie gleiche (S. 40) einem Wald in Abenddämmerung, wo die Begriffe gleich Schatten umherhuschen, von denen man nicht weiß, ob sie ein wiegendes Blatt,

ein Vogel oder eine Fledermaus erzeugt. Dabei müssen die verschiedenen Autoren mit ihren natürlich ganz verkehrten Äußerungen aufmarschieren. Und von mir behauptet er, daß ich über den Mangel einer Metaphysik jammere, die geben soll, was Wissen und Verstand versagen!

Ein weiteres Eingehen auf dieses Werk kann mir erspart bleiben.

Georg Pfeilschifter, *Deutsche Kultur, Katholizismus und Weltkrieg*. Herdersche Verlagsbuchhandlung, Freiburg i. Br. 1915.

Eine ausgezeichnete, unter vorzüglicher Mitwirkung einer Reihe hervorragender Gelehrter gearbeitete, Verteidigung Deutschlands vom Standpunkt des Katholizismus, auf die, entsprechend der Art der Zeitschrift, hier nicht näher eingegangen werden kann. Es möge hier nur auf die Worte des Papstes vom 6. Dezember 1915 hingewiesen werden, worin er die Angriffe des französischen katholischen Komitees gegen Deutschland scharf verurteilt. Er sagt hier (S. 494):

»Von diesem Wege würden weit abirren, die etwa glauben sollten, es sei ihnen erlaubt, die Handlungen der Katholiken eines anderen Volkes durch Wort und Schrift in einer Weise herabzusetzen, daß sie neuen Zunder zu der Erbitterung liefern, deren Glut sie durch Gerechtigkeit des Urteils und durch Milde der Gesinnung löschen sollten.«

Hans W. Gruhle und **Albrecht Wetzel**, *Verbrechertypen*. I. Bd., 3. Heft. Verlag Julius Springer, Berlin. 1914.

Das Studium der Verbrechertypen ist mehr zu fördern, als es bisher in der kriminalistischen Wissenschaft geschehen ist, vor allem das Studium der Grenzfälle, in welchen das Psychopathische in die Seele seinen Dämmer einwirft, so daß nicht selten das Krankhafte das Übergewicht gewinnt. Wie hier unter dem Einfluß des Verfolgungswahnes, vor allem in der Gestalt des sogenannten Beziehungswahnes, eine bisher ganz harmlos erscheinende Persönlichkeit zum Massenmord gelangte, das zeigt der schreckliche Fall Wagner in Degerloch, der hier behandelt wird. Hervorzuheben ist insbesondere das ausgezeichnete Gutachten von Prof. Wollenberg.

Johan George Schreuder, *Onderzoek naar het oude Strafrechtsgebruik volgens hetwelk eenen veroordelde kwijtschelding kon worden verleend wanneer eene vrouw hem wilde huwen*. Verlag A. H. Kruyt, Amsterdam. 1915.

Bis in das 18. Jahrhundert hinein finden wir Fälle des Strafnachlasses, wenn ein Mädchen den zum Tode Verurteilten zur Ehe nehmen wollte. Die Fälle sind vom Verfasser mit großem Fleiße zusammengestellt und auch die Zeugnisse der Literatur darüber gesammelt. Ich möchte hier nur die Stelle von Mattheus de criminibus anführen, worin es heißt: ad lib. 48, 18, c. 5, nr. 17:

Idem indulgendum censent nonnulli ei, quem puella aliqua poscit maritum sibi dari: ridicula, imo impia ratione, tanquam gravius sit uxorem alicui dari, quam furca gladiove puniri. Utrumque uti falsissimum, ita exemplo perniciosum est: quippe hac spe evadendi hominibus improbis ostentata, eo promtius atque audacius ruerent in scelera.

In manchen Gegenden wurde nicht Straflosigkeit bewilligt, wohl aber eine mildere Strafe, insbesondere Verbannung anstatt der Todesstrafe zuerkannt. So nimmt insbesondere auch Carpzow an, daß in einem der Hauptfälle, nämlich im Falle der Notzucht, wenn die Frau den Täter zur Ehe haben wolle, die Todesstrafe erlassen, aber beide in die Verbannung geschickt werden sollen. In einem Schweizer Fall von 1725 liegt das Umgekehrte vor, daß ein Mann eine verurteilte Frauensperson heiraten wollte und sie dadurch der peinlichen Strafe entzog.

Der ganze Brauch beruht natürlich nicht auf den Gründen, die frühere Schriftsteller beigebracht haben, z B. auf dem Grund der Beförderung der Ehe, er ist vielmehr ursprünglich religiöser Natur und hat dieselbe Grundlage wie jener Satz des römischen Rechtes, daß die Begegnung einer Vestalin eine begnadigende Wirkung ausübe. Es ist nur eine weitere Ausbuchtung dieser Idee, wenn man die Gnade davon abhängig machte, daß der Gnadenspender sich des Verurteilten vollständig annimmt und sich mit ihm vereinigt. Hiermit hängt auch die bekannte mittelalterliche Idee der Fürbitte zusammen, welche auf Herabminderung der Strafe hinzielte, infolge welcher häufig an Stelle peinlicher Strafe Verbannung oder Geldbuße trat.

Zu erwähnen ist auch die 2. Auflage des Werkes von **Hubert Seidlmayer**, *Das schwurgerichtliche Verfahren im Lichte des Reichsgerichts*. Verlag J. Schweitzer, München. 1914.



Zur Entstehung der Schwurgerichte.

Von Ernst Mayer, Würzburg.

I.

Der Gegensatz des deutschen, wie des kontinentalen Beamtenstaates überhaupt, zur englisch-amerikanischen Verfassung beruht in letzter Linie darauf, daß der englische Prozeß bis in das 19. Jahrhundert in Straf- wie Zivilsachen den Beweis und schließlich weithin auch die Entscheidung auf die organisierte öffentliche Meinung — die Geschwornenbank — abstellte und damit die altgermanische Auffassung festhielt, während auf dem Festlande seit dem späteren Mittelalter das ganze Beweisverfahren immer mehr auf die Überzeugung des Richters zielte und dadurch die notwendig viel zahlreicheren Richter zu Herren erst der Rechtsprechung, dann auch der davon abgelösten Verwaltung wurden. Deshalb ist es für das Verständnis des modernen Staates von großer Bedeutung, wie man sich die Entstehung des englischen Geschwornengerichts vorzustellen hat, wenn auch die eingehende Behandlung dieser Frage in Deutschland zunächst mit den Prozeßreformen um 1848, mit der Einführung der Schwurgerichte, zusammenhängt.

Die ersten Erörterungen sind allemal von dem Plane ausgegangen, das Institut auf allgemein-germanische Grundlagen zu stellen. — Anfangs hat man an irgendeinen Zusammenhang mit den Schöffen gedacht. — Bedeutende Gelehrte, schon G. L. v. Maurer und Rogge, und nicht nur philosophisch konstruierende, wie Köstlin, sondern auch so realistische, wie der große Schwede Schlyter, nahmen dann ein Herauswachsen der Geschwornen aus den Eideshelfern an. Dabei hat namentlich Köstlin[1]) schon entscheidendes Gewicht auf die Umbildung der Eideshilfe gelegt, die sich vollziehen muß, wenn an Stelle der Eideshelfer, welche die Partei frei wählt, solche treten, die sie unter Mitwirkung des Gegners oder durch amtliche Benennung empfängt.

Eine entscheidende Fortbewegung hat Biener verursacht. Auf der einen Seite setzte er — übrigens selber nicht ohne Vorgänger — an Stelle der Eideshelfer das Gemeindezeugnis. Weit entscheidender aber ist, daß er das englische Geschwornengericht nicht mehr als eine bodenständige, aus dem Angelsächsischen hervorgewachsene Einrichtung ansieht. Vielmehr bringt er den Gedanken zur Geltung und sofort zum Sieg, daß es sich um Einfuhr aus der Normandie handelt; die normannische Form aber stamme aus nordischem Recht. — Es ist wohl von entscheidender Bedeutung geworden, daß der größte Germanist des vergangenen Jahrhunderts, Konrad Maurer, mit seinem berühmten Aufsatze in der Kritischen Überschau Bd. V, S. 374ff. die Lehre stützte und sie durch eine Übersicht über die nordischen Formen vertiefte.

Von da hat die Literatur die Hypothese einer Übertragung aus der Normandie nicht mehr aufgegeben. Aber das Buch, das jetzt die Forschung beherrscht, nämlich Brunners Entstehung der Schwurgerichte, hat einen anderen Ausgangspunkt für das normannische Recht selber behauptet.

---

[1]) Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, S. 313ff.

Dieser Forscher, aus der jungen Wiener diplomatischen Schule hervorgegangen, hatte zuerst das Institut der inquisitio per testes, welches in den Urkunden ebenso breit hervortritt, als es im Rechtsleben einen bescheidenen Raum einnimmt, geschildert, und von hier aus kam ihm der Gedanke, es möchte der normannische Typus und damit mittelbar auch das englische Geschwornengericht auf diesem Verfahren des fränkischen »Amtsrechts« beruhen. Den Nachweis sucht nun sein Buch zu erbringen, das für das Verständnis des Rekognitionsprozesses auch dann wertvoll bleiben wird, wenn all seine Grundlagen zusammengestürzt sein sollten.

Nachher haben Thayer, Maitland, Haskins Beobachtungen gemacht, welche, richtig verfolgt, die Lehre Brunners bereits sehr erheblich erschüttert hätten. Aber diese Gelehrten selber haben die letzten Schlüsse nicht gezogen, und so ist Brunners Meinung etwas wie ein Glaubenssatz geworden, den man in Deutschland überhaupt nicht nachprüfte.

Erst im vergangenen Jahre habe ich in meinem Buche Geschwornengerichte und Inquisitionsprozeß (zitiert: G. u. I.) eine abweichende Lösung versucht, die auf allerdings neuen Wegen in vielem zur alten Lehre zurückführt. Danach ist der Geschwornenbeweis, aus dem ja das Geschwornengericht entstand, ein weitverbreitetes germanisches Institut, bei den anglofriesischen Völkern so gebräuchlich wie bei den skandinavischen und in England aus angelsächsischem Rechte hervorgegangen. Mit dem Schöffenwesen hat er nichts zu tun, ist vielmehr gerade bei den Stämmen, die ein eigentliches Schöffenkolleg nicht entwickelt haben, auch im Parteiprozeß im Gebrauch. — Für diesen Parteiprozeß aber beruht der Geschwornenbeweis auf Eideshilfe, freilich nicht auf der gewählten Eideshilfe. Vielmehr liegt die Eideshilfe zugrunde, welche entweder von den beiden Parteien zusammen oder statt dessen von der Obrigkeit aus unparteiischen Biederleuten — Gemeinde- und Gerichtsgenossen — bestellt wird. So trifft für mich die Erklärung aus Eideshilfe und aus Gemeindezeugnis zusammen. Eine solche für die Partei viel schwerer als gewöhnliche Eideshilfe zu erbringende Bestätigung ihrer Behauptung setzt nun im kriminellen Parteiprozeß nach meiner Meinung nur da ein, wo der Kläger bereits irgendeinen Nachweis geliefert hat und deshalb der Beklagte sich nicht mehr mit dem gewöhnlichen Reinigungsbeweise, sondern nur mit dem urgermanischen Ordal (Zweikampf wie Ordal im engeren Sinne) verteidigen kann. Da nämlich, wo überhaupt Geschwornenbeweis vorkommt, genügt das Zeugnis noch nicht für sich allein, um den Beklagten zu einem solch irrationellen Beweis zu treiben, sondern es muß vorher außer dem Zeugnis auch noch die Aussage jener Unparteiischen angerufen werden, die als Eideshelfer des Beklagten oder des Klägers handeln und den Beklagten zum Ordal nötigen, wenn sie nicht auf seine Seite treten; die Aussage der Unparteiischen bedeutet also eine Überprüfung des Zeugnisses. — Es ist ferner die Aussage solcher Ernannter überall, auch in den Ländern mit Schöffensystem, da verwendet worden, wo es sich um amtliche Ermittelung und Verfolgung von Delikten handelt. In England bildet sie die Grundlage des Offizialverfahrens mit indictamentum und ähnliche Formen hat das Skandinavische entwickelt; im Frankenreich aber ist es der Ausgangspunkt für

den gemeinen Inquisitionsprozeß. — Endlich aber ist im Zivilstreit der Geschwornenbeweis mit dem Zeugnisse von größeren oder kleinerem Verbänden gleichbedeutend, das sowohl über die Vorgänge vor Gericht wie über allgemein bekannte Rechtsbeziehungen aussagt; zuerst in England und nicht in der Normandie hat sich daraus der Rekognitionsprozeß gebildet, der mit der Verwendung der Geschwornen im Kriminalprozeß nichts zu tun hat.

Gegen diese Lehre hat v. Amira in der Zeitschrift der Savignystiftung, Germanistische Abteilung Bd. XXXVII, S. 527—543, heftigen Einspruch erhoben, und es liegt im Interesse der Sache, diesen Einspruch zu prüfen. Vorweg mag betont werden, daß — von einem Punkte abgesehen — v. Amira eigentlich nirgends als positiver Verfechter von Brunners Lehre auftritt, sondern sich lediglich auf die Kritik meiner Behauptungen beschränkt.

Im folgenden sollen nun zunächst die einzelnen Bemängelungen — diese dem Gedankengang v. Amiras folgend — besprochen werden. Am Ende aber wird eine kurze allgemeine Auseinandersetzung folgen.

II.

1. Zunächst wendet sich v. Amira gegen meine Darstellung des Rechts auf dem dänischen Seeland. — Nach meiner Darstellung kommt hier an sich der Beklagte zur Reinigung mit freigewählten Eideshelfern. Wenn aber der Kläger ein Tatzeugnis vorführt, so muß sich Beklagter mit der Mehrheit der vom Kläger ihm ernannten Eideshelfer reinigen; wollen diese nicht mit dem Beklagten einstehen, so müssen sie mit dem Kläger schwören und diesem zum Sieg verhelfen (G. u. I. S. 40f). — Aus dem Schluß der Bemerkungen v. Amiras (a. a. O. S. 532) zu dieser Materie ergibt sich, daß er wenigstens das Vorhandensein dieser Rechtsform nicht bestreitet, wenn man auch, wie nachher zu erörtern ist, aus dem Vorausgehenden die gegenteilige Anschauung gewinnt. Aber freilich stimmt auch dieser Schluß nicht zu dem, was ich für richtig halte. Denn wenn er behauptet, daß es im seeländischen Recht Fälle gegeben habe, wo die »Geschwornen« (die Ernannten) entscheiden, ohne daß man ein Zeugnis vorgeführt hätte, so bestreite ich das. v. Amira denkt an Valdemars SL. III, 13 (Kofod Ancher dansk Lovhistorie I S. 595): aen kombaer han til things aentae förstae aellaer annaet aellaer thrithiae aellaer fyarthae oc biuthaer logh fore, thaa han at faestae logh ok hin (der Kläger) naefnae hanum saextan maen usw. Hier ist allerdings von einem Zeugnis, das die naefnd bedingt, nichts gesagt, und so scheint das in sehr befremdlichem Gegensatze zum nächstverwandten Fall des ran zu stehen, wo allemal ein Klagezeugnis vorangehen muß (Eriks SL. II, 46, 47; Valdemars SL. II, 41). Allein v. Amira hat hier nicht genau gelesen. Valdemars SL. III, 13 schildert nämlich nicht das ganze Verfahren, sondern lediglich den Teil, der nach der Antwort des Beklagten und seinem Angebot des Prozeßgelöbnisses beginnt. Das Angebot des Zeugnisses aber geschieht, bevor der Beklagte antwortet und das Prozeßgelöbnis leistet: so Eriks SL. II, 26, 46, 50 (S. 51 unten: ed. Thorsen). Deshalb kann in Valdemars SL. III, 13 cit. das Zeugnis

gar nicht erwähnt sein, weil diese Stelle eben, wie gesagt, von dem ersten Teile, der vor der Klagebeantwortung liegt, überhaupt nicht redet.

Vor allem aber wendet sich v. Amira S. 532 gegen meine Sätze auf S. 42: »Noch immer kann sich der Beklagte gegen den erfolgreichen Kläger auf den Heißeisengriff berufen. Anders ausgedrückt: nach seeländischem Recht kann der Kläger den Beklagten noch nicht mit dem Zeugnisse allein zum Ordal nötigen, sondern er muß das Zeugnis durch Unparteiische verstärken, die er gewählt hat.« Mein Gegner antwortet: »Erfolgreich ist der Kläger allerdings, wenn die Geschwornen (die naefnd) den Beklagten für schuldig erklären; daß aber dieser sich auch dann noch auf die Eisenprobe berufen könne, ist nirgends mit einem Worte angedeutet. Die Eisenprobe kann vielmehr der Beklagte nur anbieten, bevor es zur naefnd kommt, und zwar sofern er den Ladungszeugnissen des Klägers zuwider bestreitet, zum richtigen Ding geladen zu sein.« v. Amira stellt also anscheinend den von vornherein nicht glaublichen Satz auf, daß das Ordal nicht über die Sache selbst entscheidet, sondern lediglich über die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts; dabei ist diese in einer unmöglichen Weise mit dem vom Klagezeugnis scharf zu trennenden Ladungszeugnis in Verbindung gegebracht; denn die Unzuständigkeit des Gerichts kann doch nicht durch das Zeugnis darüber erwiesen werden, wie geladen ist; vielleicht ist deshalb v. Amira nur dahin zu verstehen, daß der Beklagte leugnet, formgerecht geladen zu sein und dann über diese präjudizielle Frage das Ordal entscheidet. Die Stelle, welche v. Amira dabei im Auge hat, ist offensichtlich Eriks SL. II, 50 oc sithaen hanum aer staefnd, tha a han at maelae a landzthing oc givae hanum haervirki sak aellaer the firtiughae marc sac, thaer naefnd hørir til, um han vil naefnd havae oc cummaer hin gen, tha latae han malae sit vitnae, fürrae aen hin faestaer logh. Aen cummaer han ey gen, tha ma han oc latae maelae sit vitnae oc hvaraen sva, at thing men hørae thet, at han havaer thaerae (Rosenvinge: thaer) vitnae til, at han lot thet loghlikae maelae ... Aen varthaer thet a fyrstae thing, at hin, aer svarae sculdae, at varae astaddaer oc han gripae førrae oc duldae thingit, aen han tokae til svarae oc buthae iarn i gen aellaer annaer af hans haende oc düll oc thingit oc biuthaer oc iarn i gen, skiuz thet thing, aellaer a trithiae thing, um nokaer gar vithaer tu thing oc biuthaer iarn i gen trithie, tha scal han latae staefnae fyrthae thing, swa sum han giorthae the thrü oc tha a han thaerae at cummae oc faestae botae aellaer logh aellaer han scal frithlos vaerae. Der letzte Satz der Stelle — im vorausgehenden, wie unten (S. 7) zu erörtern, ist bestimmt, daß Kläger sowohl vor dem Beweisgelöbnis des erschienenen Beklagten, als auch dann, wenn der Beklagte nicht erscheint, sein vitnae (d. h. das Zeugnis über die begangene Tat: die Stellen in G. u. I. S. 40 N. 23) vorführt — heißt übersetzt: »Geschieht das auf dem ersten Ding, daß derjenige, der antworten sollte, anwesend ist, und er greift vor und »verneint« das Ding (duldae thingit), statt daß er antwortet und bietet das Eisenordal entgegen — oder ein Vertreter (annaer at hans handae) »verneint« auch das Ding und bietet das Eisenordal entgegen —, dann wird das Ding

weggeschoben (skiuţ thet thing); oder am dritten Ding, wenn einer (der Beklagte) sich zwei Dinge gefallen läßt (sich passiv verhält), bietet er der Eisenordal (noch einmal wiederholt: thrithie, d. h. das drittemal), da soll er (der Kläger) zum vierten Ding laden lassen, wie er es zu den dreien tat; und da soll er kommen (der Beklagte) und Bußen oder Beweis (logh) geloben, oder er soll friedlos sein.« — Entscheidend ist das duldae thingit und skiuţ thet thing. — Was das bedeutet, ist klar in Eriks SL. II, 51 (S. 56 unten) gesagt. Die Stelle lautet: aen motaer hin a fürstae thing, aer svaerae scal, tha aer thet raetaest, at hin biuthaer thaer anti logh forae aellaer bøtaer. Vil han oc skiutae thet, tha ma han thot hvaraen biuthae iarn i gen oc maeth thü faestaer han ey then dagh logh; tha skal hin, aer søkir staefnae annaet thingh, tha scal han anti siaelf møtae aellaer forfal; møtaer han ey, tha scal han ataer thrithi thing latae staefnae; møtaer thaerae forfal ataer a thrithi thing, tha scal thet fiarthae for thu stefnae, at han dulde that fyrstae; oc a fyarthae thing tha scal anti raet goerae aellaer tho at man scal hans manhaelgh takae. Aen cummaer thet sva, at hin, aer sac sculdae svarae, at han var ey a thingi at førstae thing, tha matae annaer for han iarn biuthae oc skiutae oc thet fyrstae thing. Diese Stelle zeigt, daß das dyliae thing und skiutae thing dasselbe ist und darin besteht, daß durch das Angebot des iarn eine Vertagung auf einen nächsten Termin erzielt wird; auf diesem nächsten Termin legt dann der Beklagte das Beweisgelöbnis ab (faestaer ... logh), das diesmal auf Bestehen des Ordals geht. — Von einer anderen Seite schildert die gleiche Erscheinung Erik SL. II, 26: tha a han (der Kläger) førrae at latae malae sit vitnae, aen han takaer vith logfaestning, then stat aer vitnae a at maelae. Vitnae a at maelae a thingi; faestaer hin førrae logh, aen vitnae hawaer maelt, tha aer han skild vith naefnd; aen faestaer han logh aeftaer vitnae, tha scal hin, aer søkaer, naefnae hanum saextan men. Also, wenn der Bezichtigte das Beweisgelöbnis ablegt, bevor es zur Vorführung des Zeugnisses kommt, so ist der Kläger von Verwendung einer naefnd ausgeschlossen; hat der Kläger aber das Zeugnis rechtzeitig vorgeführt, so kommt es zur Benennung. Unmöglich kann der Beklagte dadurch, daß er sofort einen einfachen Reinigungsbeweis anbietet und dem Kläger zuvorkommt, diesen, wenn er ein vitnae hat, von dem für den Beklagten so viel schwereren Beweis mit naefnd abdrängen. Sondern der Beweis, der dann vom Beklagten angeboten ist, muß derselbe wie in den beiden anderen Stellen sein, nämlich das Ordal. Danach ergibt sich nun folgender Aufbau: 1. Der Beklagte kann bei Prozeßbeginn sich zum Ordal erbieten; dann erübrigt die Vorführung des Zeugnisses und die Bestellung der naefnd; 2. er kann das Zeugnis abwarten und dann Beweis anbieten (arg. faestaer han logh: Eriks SL. II, 26); dann benennt der Kläger die naefnd; dabei kann er nach erfolgtem Zeugnis die sofortige Ablegung des Beweisgelöbnisses verweigern und sich auf das Ordal berufen; durch diese Weigerung, sofort zu handeln (dyliae thing), kommt es zu einer Vertagung auf einen nächsten Termin (skiuţ thet thing), und hier gelobt dann der Beklagte den Beweis durch iarn.

Es ist also klar, daß durch Berufung auf iarn der Beklagte allemal den Beweis über die Hauptsache an sich ziehen kann, und es sich niemals um einen Beweis über die Einrede der Unzuständigkeit oder der ungehörigen Ladung oder um beides handelt. — Es ist ferner klar, daß dem Beklagten, wenn er überhaupt noch beweisen will, da keine andere Möglichkeit als das Ordal verbleibt, wo der Kläger bereits einen Zeugenbeweis erbracht hat und soweit erfolgreich gewesen ist. — Es ist drittens klar, daß dieses Zeugnis aber doch nur dann wirkt, wenn auch die naefnd im Sinne des Klägers sich ausspricht und sich nicht auf die Seite des Beklagten stellt. — Dagegen ist es viertens nicht klar, ob der Beklagte, nachdem die naefnd zugunsten des Klägers vorgeführt ist, sich noch zum iarn erbieten kann. Daß der Beklagte im letzten Falle ja bereits logh geleistet haben muß (Erik II, 26), steht der angedeuteten Möglichkeit nicht entgegen; denn es hat sich gezeigt, daß das faestae auf jede Art des Beklagtenbeweises geht, auch auf Vornahme des Ordals, und so könnte es sehr wohl sein, daß der Beklagte zur Verteidigung mit iarn fähig bleibt, sobald überhaupt faestae logh stattgefunden hat, und zwar dann, wenn die naefnd gegen ihn ausgefallen ist, weil sie mit dem Kläger geschworen hat; hat sie mit dem Beklagten geschworen, so erübrigt natürlich das iarn. Es würde also der Beklagte alternativ sich zur Reinigung durch Ordal oder naefnd verpflichten; daran schlösse sich, wie sonst auch, die Benennung der Unparteiischen, und das Ordal fände statt, wenn die Benannten zugunsten des Klägers aussagen. Aber es könnte auch das Beweisgelöbnis in dem Sinne einseitig sein, daß der Beklagte sich entweder nur auf die naefnd oder nur auf das Ordal berufen darf. So wie der Quellenbefund lautet, kann man hier nichts Bestimmtes sagen, und ich habe deshalb darüber auch nichts gesagt. Nirgends behaupte ich, daß die Aussage der naefnd dem Ordal vorhergehen kann, wenn ich auch persönlich das für das Wahrscheinlichere halte; sondern ich sage nur, daß nicht das Zeugnis allein zum Ordal nötigt, sondern daß der Kläger sein Zeugnis mit der naefnd verstärken muß, wenn der Beklagte zum Ordal genötigt sein soll. Ob hier ein zeitliches prius der naefnd vorliegen muß oder ob der Beklagte schon nur durch die Erwartung zum Ordal getrieben wird, daß dem Kläger sonst nachher eine naefnd und damit die endgültige Überführung gelingen könnte, das ist klüglich unbeantwortet gelassen; so oder so ist aber der Kläger »erfolgreich«. v. Amira aber beantwortet ohne weiteres die Frage in dem Sinne, daß stets die Eisenprobe angeboten werden muß, bevor es zur naefnd kommt: das »ist« (in den Quellen) »nirgends mit einem Worte angedeutet«.

Fragt man nun aber endlich, wie v. Amira zu seiner Auslegung der besprochenen Stelle gekommen ist, so bietet sich eine überraschende Erklärung. v. Amira hat offenbar K. Rosenvinges Übersetzung von Erik II, 50 zugrunde gelegt. Rosenvinge hat das dyliae thing, das nach dem Vorausgehenden nur die Erklärung ist, daß man auf diesem Termin nicht verhandelt und eine Vertagung (skiutae) einzutreten hat, mit »nägter, at det er rette Ting (Taegtedag)« übersetzt und daraus wird

dann für v. Amira, das Bestreiten »den Ladungszeugnissen des Klägers zuwider ... zum richtigen Ding geladen zu sein«. Diese Ladungszeugnisse aber, von denen ausdrücklich nirgends in Erik SL. II, 50 die Rede ist, leitet er wohl aus dem Satze »aen cummaer han ey gen, tha ma han ok latae maelae sit vitnae oc hvaraen sva, at thing men hoerae thet, at han havaer thaer (ae) vitnae til, at han lot thet loghlikae maelae« ab. Liest man »thaer«, so könnte das heißen »die Dingmänner sollen hören, daß er das Zeugnis dafür hat, daß er die Sache rechtmäßig vortragen ließ« und das dann auf eine Heimladung zu beziehen sein. Man könnte es freilich auch so deuten: es sollen die Dingmänner hören, daß er das Tatzeugnis da hat (und) daß er dieses rechtmäßig aussagen läßt. Aber die richtige Lesart ist »thaerae«; dann heißt die Stelle: er soll sein Zeugnis reden lassen, und zwar so, daß die Dingleute dies hören, so daß er deren (der Dingleute) Zeugnis darüber hat, daß er das Zeugnis richtig reden ließ — eine Auslegung, die auch dadurch erzwungen wird, daß das erste latae malae sit vitnae und das zweite auf das gleiche gehen muß. Dann aber ist vitnae dasselbe wie im vorausgehenden, nämlich das Tatzeugnis.

So ergibt eine genaue Analyse, die in diesem Umfange in meinem Buche nicht vorgeführt werden honnte, daß, was ich dort über seeländisches Recht anführte, vollkommen zutrifft. v. Amira aber ist zu seinem Widerspruch nur durch zwei empfindliche Fehler, darunter einem groben Übersetzungsfehler, gekommen.

2. a) v. Amira wendet sich dann zu meiner Darstellung des norwegischen Rechts.

Ich bin hier von dem Drontheimer Recht ausgegangen, wo ein nefndarvitni dem fangavitni entgegengestellt wird: ersteres zwölf von den beiden Parteien hälftig aus den angesehensten Leuten des fylki ernannten Leute, von denen der Beklagte zwei Leute in seinen Eid nimmt, den er außerdem mit freigewählten Eideshelfern schwört, das fangavitni aber die freigewählten Eideshelfer. Ich habe behauptet, und das ist allerdings der Ausgangspunkt meiner Untersuchung, daß dieses vitni einer nefnd nur da Platz greift, wo der Kläger sich auf ein Zeugnis stützen kann. Demgegenüber sagt v. Amira S. 533: »Daß hingegen das nefndarvitni des Drontheimer Rechts irgend etwas mit Zeugen zu schaffen habe, ist eine durchaus grundlose Unterstellung« usw. Überlegt man den Tatbestand, so ist man von dieser apodiktischen Behauptung allerdings auf das höchste überrascht. Das ist ja richtig, daß mit einer Ausnahme, die gleich zu besprechen ist, in den Fr.þ.L. für das Landrecht nichts über die Voraussetzungen des nefndarvitni gesagt ist. Aber in drei Stellen des Bja.R. (22, 52 [= 98], 83) und einer in den Fr.þ.L. (X, 32) für das Stadtrecht wird das nefndarvitni davon abhängig gemacht, daß vitni vorliegt, und einmal (Bja.R. 96) steht der blickende Schein an Stelle des Zeugnisses. Natürlich kann man nicht um die Belege damit herumkommen, daß man sagt, das sei lediglich Stadtrecht. Denn dies Stadtrecht ist eben nichts anderes als das auf die Stadt angewandte Drontheimer Landrecht. So hat man das von jeher aufgefaßt (so v. Amira selber [Nordgermanisches Obligationenrecht II, S. 3]), und v. Amira hat in seinen eigenen Untersuchungen gelegentlich das Stadt-

recht sogar zur Erkenntnis des älteren nördlichen Landrechts gegenüber des jüngeren in den Fr.þ.L. verkörperten verwendet (Nordgermanisches Obligationenrecht II, S. 173). Ein besonders stadtrechtliches Element steckt freilich in der Sache: Bja.R. 22 zeigt, daß es als ein besonderes Zugeständnis betrachtet wird, wenn schon eine Person als Zeuge genügt; im Landrecht werden ja stets zwei Zeugen gefordert. — Daß meine Annahme, es gäben die stadtrechtlichen Quellen mit der eben berührten Modifikation nur das Landrecht wieder, keine bloße Vermutung ist, zeigt eine einfache Erwägung. Fr.þ.L. IV, 7 a. E. nämlich, eine nachher noch einmal in einem anderen Zusammenhange zu besprechende Stelle unterscheidet den Eid mit zwölf freigewählten Eideshelfern vom nefndarvitni, das dann sofort in IV, 8 geschildert ist; die freigewählten Eideshelfer aber sind die fangavattar (Bja.R. 37 mit Fr.þ.L. IV, 8). Also auch das Landrecht baut alles auf den Gegensatz des bloßen fangavitni und des nefndarvitni, dem dann ein fangavitni angeschlossen wird, auf. So muß, da beide Beweisformen in denselben Sachen Anwendung finden (Fr.þ.L. IV, 7 a. E. mit IV, 8), das nefndarvitni nur unter erschwerten Voraussetzungen vom Kläger erzwungen werden können, und dann sind natürlich die Voraussetzungen die gleichen wie im Stadtrecht, das heißt es wird Tatzeugnis oder blickender Schein gefordert. — Die stadtrechtlichen Belege sind es, aus denen ich das Erfordernis gefolgert habe, und keineswegs die für sich allein nicht ganz deutlichen Fr.þ.L. V, 9, wie das aus dem soweit vollständig irrige Vorstellungen erweckenden, unzutreffenden Referat v. Amiras S. 533 unten (dagegen G. u. I. S. 69 N. 4) gefolgert werden muß. Aber allerdings habe ich behauptet, daß letztere Stelle aus dem gleichen Rechtssatz zu erklären ist, wenn sie auch für allein genommen nicht ausreichenden Beweis erbringen würde. In Fr.þ.L. V, 9 wird bei Verletzung von trygð und grið ein nefndarvitni gefordert. Da sich nun aus Fr.þ.L. IV, 7 a. E. ergibt, daß bei Blutklage ohne weitere Voraussetzungen eine Reinigung mit freigewählten Eideshelfern erfolgt, so muß in Fr.þ.L. V, 9 irgend eine gesteigerte Voraussetzung auf seiten des Klägers angenommen werden. Heißt es nun þa er sa griðniðingr eða trygrofe, er at þvi verðr sannr — en ef syniat er, þa scal fyrir raðakennzl koma settareiðr ok nefndarvitni, en fyrir averca tylftaeiðr ok nefndarvitni, so wird in dem er at þvi verðr sannr nicht das spätere Unterliegen des Beklagten in der Reinigung vorweggenommen, sondern gerade jene gesteigerte Voraussetzung auf Seite des Klägers gemeint sein: zunächst ist der Beklagte sannr geworden, dann aber, aber auch nur dann ist er genötigt, sich mit nefndarvitni zu verteidigen. Bei solcher Auslegung aber kann das sannr verða, wie öfters, nur auf das Gelingen eines Klagezeugnisses gehen.

Mit der Verwendung von Fr.þ.L. IV, 7 berühre ich bereits eine zweite Materie, wo v. Amira mir wiederum und abermals vollkommen grundlos entgegentritt: ich meine die Auffassung des heimiliskviðarvitni. Nach meiner Meinung ist das heimiliskviðarvitni unter anderen auch die Summe der zwölf vom Kläger aufgestellten Honoratioren (høldar), aus denen der Beklagte ein bis zwei als nefndarvitni in seinen Eid nimmt. v. Amira sagt nun (S. 533): »Der Verfasser kommt (S. 70 f.) zu dieser

Annahme nur auf dem Weg, daß er in Fr.þ.L IV, 7 die falsche Lesart heimiliskviðarvitni entgegen den Darlegungen von Hertzberg und Maurer für die richtige und die richtige — heimsoknarvitni — an der entsprechenden Stelle in Iarnsiða 27 für falsch erklärt.« Durch diesen Bericht ist die wahre Lage auf das willkürlichste entstellt. Denn bewiesen habe ich mit Bja.R. 110 (G. u. I. S. 71 N. 9) und aus dieser Stelle Fr.þ.L. IV, 7 lediglich erklärt. Für die Sache wichtiger als diese Ungenauigkeit, welche freilich bei dem Leser nur der Besprechung, der mein Buch nicht kennt, einen ganz irrigen Eindruck erwecken muß, ist die Auslegung von Bja.R. 110. Hier wird die Klage wegen Hehlerei mit settareiðr ok nefndarvitni durchgeführt, wenn der Kläger heimskviðarvitni für sich hat. Fehlt es am heimskviðarvitni, so kommt er zum settareiðr oc fangavitni. Es widerspricht allen Grundsätzen der Auslegung und erklärt sich lediglich dadurch, daß man sich bereits für eine bestimmte Auffassung festgelegt hat, wenn man die Schwierigkeiten mit der Hypothese einer späteren Interpolation zu lösen sucht, für die die Überlieferung nicht den leisesten Anhalt bietet. Auf der anderen Seite ist klar, daß das heimskviðarvitni nicht das Tatzeugnis sein kann, das nach den vorher besprochenen Stellen der Reinigung des Beklagten mit nefndarvitni vorausgehen muß. So hat man zu untersuchen, ob in dem Verfahren mit nefndarvitni nicht ein anderes Element sich findet, auf das der Name heimskviðarvitni paßt. Ich halte dabei im wesentlichen das fest, was ich S. 70—73 gesagt habe, kann die Ergebnisse aber vertiefen und in Einzelheiten verbessern. — Es sagen nämlich Fr.þ.L. IV, 8 (Bja.R. 151), daß die beiden Parteien hälftig zwölf Leute (hølda) als sina vatta ernennen; von diesen zwölf werden zwei vom Beklagten in den Eid genommen. Hier ist also unmittelbar gesagt, daß die zwölf Leute, nicht nur die zwei als vattar fungieren. Also müssen die zwölf Leute irgendeine Aussage abgeben, bevor es zur Reinigung des Beklagten kommt; es ist das keine Hypothese, sondern ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut. Man kann ferner über Inhalt und Form dieser Aussage zwei sichere Schlüsse gewinnen. Einmal sind die zwölf Leute ja keine Tatzeugen, stehen den Tatzeugen entgegen und können also nur über das aussagen, was über die Sache in ihrem Bezirke geredet wird. So ergibt sich, daß die zwölf vattar ein heimskviðarvitni abgeben, und der Zusammenhang von Bja.R. 110 mit den übrigen von nefndarvitni handelnden Stellen ist gefunden. Zweitens muß die Aussage der zwölf vattar durch eine Majorität erfolgen; denn sonst hätte die hälftige Ernennung keinen Sinn. Dagegen ist nicht recht klar, was die zwei Leute aus den zwölf vattar, die der Beklagte nachher in seinen Eid nimmt, besagen wollen. Von vornherein ist zweierlei denkbar. Entweder hat die Majorität der vattar gesagt, daß das vorgebrachte Klagezeugnis der allgemeinen Annahme des Bezirkes entspreche: dann sind die zwei Leute solche, welche trotzdem — da ja nur das Gerücht und nicht die persönliche Überzeugung dargetan wurde — nun auf ihren Eid den Beklagten für unschuldig halten. Würde diese Auffassung zutreffen, so müßte mindestens einer der beiden Leute aus den sechs vom Kläger bestimmten Personen genommen sein, und das ist meine bis-

herige Annahme; denn würden alle beide aus den vom Beklagten bestimmten Kreis stammen, so könnte ja der Beklagte diejenigen sich auswählen, von denen er sicher ist, daß sie für ihn stimmen, und ein solches Zeugnis würde tatsächlich von einem fangavitni in nichts, als in der Komplikation der Bestellung sich unterscheiden. Oder aber: es ist denkbar, daß die Majorität der vattar erklärt hat, daß das Klagezeugnis der allgemeinen Annahme nicht entspricht. Dann wird dieses Resultat dadurch zum Ausdruck gebracht, daß irgendwelche Mitglieder der Majorität in den Reinigungseid des Beklagten genommen werden; denn da ja das Klagezeugnis nicht zureichend befunden wird, so bleibt dem Beklagten die eidliche Reinigung. Die zwei Leute aus den zwölf Leuten vertreten also die Majorität und schwören wie Eideshelfer, weil eben die Majorität die Unschuld des Bezichtigten ebenso annimmt, wie dessen Eideshelfer. Mir scheint bei nochmaliger Überlegung die zweite Auffassung die richtige. Denn die Aussage der zwei wird als nefndarvitni, als Zeugnis einer nefnd — was nicht die zwei, sondern die zwölf sein müssen — bezeichnet. Vor allem ist in der Stelle nicht gesagt, daß einer oder beide aus den vom Kläger bestellten sechs Leute genommen sein müssen, wie es die erstere Auslegung fordert. Ist aber die zweite Auffassung richtig, dann ergibt sie von selber, daß eine solche eidliche Reinigung des Beklagten ausgeschlossen ist, wenn die Majorität der zwölf gegen ihn spricht, also das Klagezeugnis durch allgemeine Annahme des Bezirkes bestätigt. Als Verteidigungsmittel des Beklagten kann dann nur ein Ordal übrigbleiben, wie sich das nachher auch ergeben wird. — Die zwölf Leute in ihrer Majorität sprechen vom Standpunkte der allgemeinen Meinung, des allgemeinen Geredes, aus. Aber man muß sich sehr hüten, diesen Gedanken auch zur sprachlichen Erklärung von heimilis(heims)-kviðarvitni zu verwenden und heimiliskviðarvitni als Zeugnis über das allgemeine Gerede zu deuten. Vielmehr muß aus dem parallelen nefndarvitni geschlossen und heimiliskviðarvitni als das Zeugnis des heimiliskviðr gefaßt werden; dann ist der heimiliskviðr eben nicht das Gerücht in der Heimat, sondern die Aussage der zwölf (der nefnd) im Gericht, die der Reinigung vorausgeht. Das läßt sich in der Tat auch unmittelbar beweisen: wenn es in Bja.R. 34 heißt: en þat er heimskviðr er 10 menn fylgia til mots ok sveria 2 menn a bok en atta sanni þat, at þar hafi þann heimskvið hyrðan aðr, so ist hier heimskviðr deutlich die Aussage vor Gericht, die dann freilich sachlich mit der Aussage im Bezirke zusammentrifft. Damit löst sich ein weiterer Vorwurf, den v. Amira gegen mich erhoben hatte; wenn ich behauptete, daß das norwegische Wort heimiliskviðarvitni und das isländische kviðr sprachlich auf dasselbe zurückgeht, so hält das v. Amira für einen sehr bedenklichen Optimismus: »in Verbindung mit buar bedeutet kviðr überhaupt keinen Wahrspruch, auch kein Zeugnis, sondern das Gerücht im Bezirk«. Bja.R. 34 zeigt, daß das falsch ist, und daß kviðr allemal die Aussage vor Gericht bedeutet, etwa der Bauern, wie beim isländischen buakviðr oder des heimili, was, wie heimr, nicht nur auf den Raum, sondern auch auf die im Raume der Heimat zusammengehaltenen Menschen — man denke an das gothische haims oder das deutsche Heimgerede — geht.

Im ganzen aber ist noch einmal zu betonen, daß die Identität von nefnd und heimiliskviðarvitni aus Bja.R. 110 und nicht, wie mir v. Amira unterstellt, aus Fr.þ.L. IV, 7 erwiesen ist. Aber allerdings muß, nachdem man einmal das vorstehende Resultat gewonnen hat, auch die letztere Stelle herangezogen werden. In dieser Stelle ist zweierlei geordnet — möglich, daß die verschiedenen Redaktionen zu der nicht ganz folgerichtigen Zusammenziehung geführt haben. 1. Zuerst wird für die Blutklage davon gesprochen, wie widersprechende Klagebegründungen, nämlich Widersprüche zwischen der Aussage des Verletzten, der nachgewiesenen viglysing des Täters und dem Tatzeugnis (sionarvitni) zu erledigen sind, und es wird eine Bewertung aufgestellt, so daß das geringere Beweismittel dem stärkeren gegenüber nicht in Betracht kommt. Wie das dabei prozessual durchgeführt wird, ist nicht bis in das letzte klar. Freilich handelt es sich offenbar um mehrere Prozesse gegen die verschiedenen Personen, auf die die widersprechenden Beweismittel deuten. Aber nicht gesagt ist, ob der verschiedene Wert des Klagebeweises in den verschiedenen Prozessen irgendwie durch die Beklagten selber oder was mir glaublicher ist, durch einen Aussetzungsbeschluß des Gerichts von Amts wegen geltend gemacht wird. Hier kommt diese Schwierigkeit nicht weiter in Betracht. 2. Nachher aber schildert die Stelle das Beweisverfahren und geht hier von einem Beweis mit bloßem fangavitni ohne nefndarvitni aus. Dieser steht dann im Gegensatz zu dem nun unmittelbar folgenden Beweise mit nefndarvitni, der in Fr.þ.L. IV, 8 geregelt ist. Nun heißt es, daß es dann zu dem ersteren Beweisverfahren kommt, ef eigi kømr saga hins sara fram a fyrsta þingi ne heimiliskviðarvitni; dabei wird noch einmal nebenher der Widerstreit einer bloßen viglysing und einer sionarvitni ohne heimiliskviðarvitni erledigt und also vorausgesetzt, daß immerhin eines dieser Beweismittel zugrunde liege. Sieht man von der Aussage des nachher verstorbenen Verletzten ab, die ohne weiteres als so belastend angesehen werden kann, daß der Beklagte nicht mit dem leichten Reinigungseid wegkommt, so sagt die Stelle: wenn der Kläger zwar viglysing oder sionarvitni beibringt, aber er vermag nicht heimiliskviðarvitni zu erzielen, so kommt es zum einfachen Reinigungsbeweis. Nicht darum handelt es sich, daß nach der Lesung des Fr.þ.L. allenfalls das heimiliskviðarvitni — dann etwa im Sinne des Gerüchts über die Tat — der viglysing und den Tatzeugen »vorangegangen wäre«, wie das Hertzberg, Grundtraekkene i den norske process S. 201 faßte; eine solche Reihenfolge wäre natürlich unmöglich. Sondern darum handelt es sich, daß eine Klage auf Grund von viglysing oder auf Grund von sionarvitni — wobei die mit viglysing früher als die mit sionarvitni zu erledigen ist — dann zur gewöhnlichen Reinigung führt, wenn es am heimiliskviðarvitni fehlt. Oder umgekehrt ausgedrückt: Hat Kläger die viglysing des Beklagten oder siornarvitni für sich, dann entgeht der Beklagte lediglich, wenn er mit zwei Leuten aus dem heimiliskviðarvitni oder der nefnd (nefndarvitni!), die er in seinen Eid nimmt, beweisen kann, daß die Majorität eines vom Kläger aufgerufene heimiliskviðr, der nefnd, sich zu seinen Gunsten ausgesprochen hat. Also nicht daran

ist es, daß ich, wie v. Amira so freundlich bemerkt, »das entscheidende Argument Hertzbergs nicht verstehe,« sondern Hertzberg denkt sich den Vorgang ganz anders als ich und meint, es würde nach dem angeblich verderbten Wortlaut das Gerücht als besseres Beweismittel wie viglysing und Tatzeugnis erscheinen; wer also die Ausführungen eines der Beteiligten »nicht verstanden hat«, ist v. Amira. — Die Lesart heimiliskviðarvitni in unserer Stelle ist in der Jarnsiða 27 und kurz nachher in dem neueren Stadtrecht IV, 12 in heimsocnarvitni verwandelt worden, so daß es heißt: en ef eigi kømr saga hins sara fram a fyrste þinge ne heimsoknarvitni ok kømr viglysing oc sionarvitni fram, während L.L. IV, 11 das ne heimiliskviðarvitni einfach ausfallen läßt. Das soll nun nach der v. Amira vertretenen herrschenden Meinung das Richtige sein. Allein nicht nur ist im vorausgehenden nirgends von Tötung im Haus (heimsokn) gesprochen, sondern es ist auch schwer zu verstehen, warum einem anderen Zeugnis über die Tötung das Zeugnis über die Tötung im Haus als das prozessual Bessere entgegengestellt wird. Dagegen versteht man sehr wohl, daß ein so flüchtiger Redaktor, wie der der jüngern Rechtsbücher, zum heimsoknarvitni kam; er hat den Ausdruck aus den nahen Fr.þ.L. IV, 5 herübergenommen. Denn er versteht den ursprünglichen Sinn von heimiliskviðarvitni nicht mehr, weil ja damals für ganz Norwegen das abweichende Beweisrecht der G.þ.L aufgenommen ist: L.L. IX, 13—15.

Schließlich aber führt v. Amira gegen mich in das Feld (S. 533), ich ließe gänzlich außer acht, wie nach den Drontheimer Quellen das heimiliskviðarvitni wirklich erbracht würde. Es bestehe nach der Schwere der Anschuldigung aus der mit Eidhelfern gestützten Aussage von ein oder zwei Erfahrungszeugen des Klägers. — Hier muß zunächst sofort ein Wort in diesen zwei Sätzen betont werden. Unter Erfahrungszeugen versteht man gewöhnlich — und v. Amira legt ja (S. 531) so großen Wert darauf, bei dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bleiben — Zeugen, die zwar nicht durch unmittelbare Wahrnehmung, sondern durch mittelbares Wissen aber immer über die Tat als solche unterrichtet sind. Nach dem grundlegenden Bja.R. 34 sagen jene zwei Leute nur, daß sie ein solches Gerücht gehört haben, die andere Gruppe (Jarnsiða 37) zeigt aber, daß diese Zeugen erklären, sie selber wüßten nicht, wie es um die Sache steht; das ist dann kein Erfahrungszeugnis. — In der Sache wichtig aber ist folgendes: In den meisten Fällen, wo sonst noch von einem heimiliskviðarvitni oder heimskviðr die Rede ist, handelt es sich um Offizialverfahren oder eine Popularklage. Das gilt vor allem auch bei dem später zu besprechenden Delikt des þiggja skømm á ser (Fr.þ.L. V, 22 und die abgeleiteten Texte: G. u. I. S. 74 N. 14). Dann aber kommt die gleiche Form da in Betracht, wo jemand einem anderen im Prozeß durch Klage, und vielleicht auch außerhalb des Prozesses einen verunglimpfenden Vorwurf macht, ohne daß er sich dafür auf Tatzeugnis berufen kann; so deutlich Fr.þ.L. III, 5, wo wegen Ehebruchs mit heimskviðarvitni geklagt werden muß, wenn keine sionarvitni da ist; so Fr.P.L. IV, 24 bei Klage wegen Mord, wo es also an Zeugen vollständig fehlt, zunächst nur der Blutkläger und nur

wenn dieser nicht auftritt, der Beamte klagt (nicht zutreffend bei Maurer, Verdachtszeugnis S. 650 unten); so auch nach Stadtrecht beim Vorwurf des Diebstahls und Ehebruchs, von dem man nicht recht sieht, ob das Klage oder außergerichtlicher Vorwurf ist (Bja.R. 34, 92, 93). Wenn im letzteren Fall ein solcher Vorwurf ohne heimiliskviðarvitni erhoben wird und der Beklagte reinigt sich, so verfällt der Angreifer der Talion (G. u. I. S. 74, N. 14). Wenn dagegen das heimiliskviðarvitni vorliegt, so kommt der Beklagte noch immer zum gewöhnlichen Reinigungseid, weil es eben am Tatzeugnis fehlt (Fr.þ.L. III, 5; IV, 24); aber der Angreifer unterliegt nicht mehr der Talion. — In beiden Fällen aber, bei der Offizialklage wie bei dieser Privatklage, wird der Beweis in der Art erbracht, daß der Angreifende zehn Leute auswählt, zwei von ihnen mit auf das Heiligtum schwören, die übrigen acht aber nur beglaubigen läßt (Fr.þ.L. V, 22 — Bja.R. 34). Das scheint nun allerdings auf den ersten Blick gegen mich zu sprechen, aber eben auch nur auf den ersten Blick. Sieht man genauer zu, so bestätigt gerade diese Erscheinung meine Auffassung auf das beste, und ich vermag sie jetzt — dank dem Widerspruch v. Amiras; aber freilich im schärfsten Gegensatz zu seiner Meinung — noch zu vertiefen. Denn das ganze Vorkommen sagt nicht mehr, als daß es eben zwei Formen gegeben hat, in denen sich der heimiliskviðarvitni darstellt. Die eine Form gilt da, wo ein Klagezeugnis vorliegt und nun diesem Zeugnis die Majorität der von beiden Teilen aufgebotenen zwölf Notabeln aus der allgemeinen Meinung über die Sache zustimmt. Die andere aber greift ein, wenn kein Zeugnis vorliegt und jedenfalls weithin Offizialverfahren in Frage kommt. Das ist gar nichts Auffälliges, sondern müßte auch ohne Beleg vermutet werden; denn im Gegensatz des buakviðr und des goðakviðr hat das isländische Recht eine ganz ähnliche Unterscheidung, die dann, wie es in meinem Buch geschehen ist, als die bereits bodenständige norwegische gefaßt werden muß. Aus der Detailgestaltung der zweiten Form, die v. Amira allein ins Auge faßt, kann dann auf den Bau der ersten gar kein Schluß gezogen werden. — Ja der Gegensatz ergibt dann eine noch ungezwungenere Erklärung für der buakviðr, als ich sie vorschlug (S. 77). Wie im Buch angeführt, ist der buakviðr nichts anderes als das nefndarvitni des norwegischen Rechts. Aber die Neunzahl der Bauern der kviðr ist nicht, wie ich früher vermutete (S. 77), durch Verschmelzung der Zeugen mit den zwölf Leuten, aber so, daß sie dann doch als uneigentliche Mitglieder wieder abgerechnet würden und dagegen der Beweisführer hinzutrat, entstanden, sondern der Vorgang ist viel einfacher: die zwei Zeugen verbinden sich mit der Majorität der zwölf Notabeln, also mit sieben, und so gewinnt man die eigenartige Neunzahl des gewöhnlichen buakviðr. — Im isländischen fangakviðr aber hat sich dann die ursprüngliche Benennung der Notabeln durch die beiden Teile erhalten. Die Zehnzahl bei dem fangakviðr aber und ebenso bei dem zehn Männerkviðr des Drontheimer Rechtes in zeugnislosen Fällen wird sich vielleicht daraus erklären, daß man vielfach die Zeugen nicht neben die zwölf Leute der heimliskviðarvitni gestellt hat, wie das bei der Rekonstruktion der buakviðr zugrunde gelegt wird,

sondern die Zeugen zugleich im kviðr verwendet und dann zu einer Zehnzahl da kommen mußte, wo, wie beim fangakviðr, keine Zeugen da sind. — Es zeigt dann ferner der fangakviðr unmittelbar und nach der gegebenen Erklärung der Neunzahl des buakviðr mittelbar, daß die hälftige Ernennung des kviðr durch die Parteien im ganzen norwegischen Recht das Ursprüngliche ist, wie sie ja auch dem nefndarvitni des Drontheimischen Rechts zugrunde gelegt wird. Daraus folgt dann, daß, wie ich es angenommen, die Ernennung der zwölf Leute — ähnlich wie im seeländischen Recht — durch den Kläger nach den G.þ.L. eine spätere Bildung ist. — Im ganzen genommen ergeben also die von Amira herangezogenen Formen des heimiliskviðarvitni nichts gegen, sondern alles für meine Annahme.

So bleibt schließlich nurmehr eine Frage des kriminellen Parteiprozesses mit Zeugnis und heimiliskviðr (nefnd) übrig. Wenn der Beklagte nicht zur Reinigung kommt, weil die zwei in den Eid zu nehmenden Mitglieder der nefnd (heimiliskviðr) nicht auszusagen vermögen, daß die Majorität der nefnd sich auf die Seite der Beklagten gestellt hat, dann kann dieser nach mehreren Stellen (G. u. I. S. 73, N. 13) nurmehr zu dem noch immer zulässigen Ordal greifen. Infolgedessen ist allerdings der Ausspruch der nefnd die Voraussetzung dafür, daß der Kläger mit seinem Zeugnis den Beklagten zum Ordal treiben kann; denn, wie gezeigt, folgt aus Fr.þ.L. IV, 7, daß ein Zeugnis ohne diesen kviðr dem Beklagten noch immer das Recht des freigewählten Reinigungseids beläßt. Dann ist materiell der kviðr ein Ausspruch darüber, daß das Zeugnis nach der öffentlichen Meinung ausreicht, den Beklagten zum Ordal zu treiben; daß dieser abstrakte Gedanke nach Art dieser Quellen nicht zum wörtlichen Ausdruck kommt, bedeutet gegenüber der tatsächlichen Wirkung nichts, und so ist auch der letzte Widerspruch v. Amiras (S. 533 unten) haltlos.

b) Viel kürzer läßt sich das erledigen, was v. Amira gegen meine Darstellung des norwegischen Offizial- und Popularprozesses bemerkt. Sehr Erhebliches ist dabei schon im vorigen berührt.

Ich bin (S. 245) von Fr.þ.L. V, 22 und den abgeleiteten Quellen ausgegangen, wo von einem þiggja skøm a ser von seiten des Bezichtigten die Rede ist. Mit Konrad Maurer und Fritzner habe ich angenommen, daß es sich um eine Klage wegen Päderastie handelt. Dem gegenüber sagt v. Amira (S. 535): «es wäre schlechterdings nicht zu verstehen, wie einer solchen Klage gegenüber nach derselben Stelle der Beklagte mit einem gewöhnlichen selbdritt zu schwörenden Reinigungseid davon kommen sollte. Die Sache ist von Hertzberg, Gloss. s. v. skøm in das reine gebracht«. Prüft man nun aber die Meinung von Hertzberg, die sich v. Amira aneignet, so geht sie dahin: es werde hier geklagt, weil der Verletzte durch sein passives Verhalten (dies die »Schande«) bewirkt habe, daß der königliche Amtmann die königlichen Strafgelder nicht erheben könne. An Päderastie dürfe man nicht denken, weil (G.þ.L. 32) bei Päderastie das Beweismittel Ordal sei. Aber zunächst knüpfen wenigstens die G.þ.L. 214 die Klage des armaðr an eine verhohlene Sühne und nicht schon an rein passives Verhalten. Vor allem — und das ist entscheidend — ist die Klage, von der

Fr.þ.L. V. 22 ausgeht, keine Klage nur des armaðr, sondern, wie das auch v. Amira gesehen hat, ohne den Widerspruch zu bemerken, eine Popularklage (hvarki armaðr ne annar maðr), und das wäre bei einer Klage auf das Strafgefäll des Königs sinnlos. Umgekehrt wird im unmittelbaren Zusammenhang einiger Texte, in denen Fr.þ.L. V, 22 wiedergegeben ist, nämlich L.L. IV, 23 Nr. 9, sowie Jonsbok Manh.B. 25 kurz vorher das Wort skømm gerade für die »Schande« am Leibe verursacht durch geschlechtlichen Umgang verwendet. Und daß so etwas gemeint ist, wird gewiß durch das Wort þegit skøm a ser, was nur auf körperliches Empfangen gehen kann. Wenn sich dann Hertzberg auf G.þ.L. 32 stützt, wo im gleichen Falle der Bezichtigte gegen das Gerücht mit iarnburd aufkommen muß, während ja Fr.þ.L. V, 22 nur einen lyrattareiðr fordert, und wenn v. Amira das Argument aufnimmt, so ist zunächst festzustellen, daß hier v. Amira das Prozeßrecht der Fr.þ.L. aus den G.þ.L. erklärt; es ist das für Späteres von Bedeutung. Im übrigen aber versagt das Argument vollständig, weil in dem nahe verwandten Fall der Bestialität bald Ordal, bald Dreieid, bald Zweieid gefordert wird (Fr.þ.L. III, 18; Kristinr. Jons 58; Kristinr. Arna 40): Man sieht, daß über die Frage, welches Beweismittel gegenüber einem heimiliskviðarvitni im Offizial- und Popularprozeß möglich ist, nirgends Übereinstimmung herrscht (G. u. I, S. 247). Daß Päderastie, Bestialität, Zauberei, wohl auch Blutschande zu den Delikten des altgermanischen Sakralstrafrechts, also den todeswürdigen Delikten gehören, ist gewiß — mindestens für den, der, wie auch v. Amira selber, ein Sakralstrafrecht annimmt. Es ergibt weiter das Bisherige, daß nach Fr.þ.L. V, 22 wegen Päderastie jedermann klagen kann, also eine Popularklage besteht. Nimmt man das aber an, so ist es ein notwendiger Schluß, daß auch in den anderen Fällen des Sakralstrafrechts eine Popularklage zulässig war; denn eine Popularklage nur gerade bei Päderastie hätte keinen Sinn. So ist v. Amiras (S. 535) Widerspruch unbegründet.

Weiter bemängelt v. Amira S. 534 das, was ich über den Prozeß gegen den grimumaðr gesagt habe. Den Vorwurf, daß ich — dann sehr kindlich — G.þ.L. 134 »hergerichtet« habe, weil S. 247 N. 17 gedruckt steht: nu er grimumaðr statt des richtigen grimueiðr, hätte er, dem auch schon Druckfehler unterlaufen sind, besser unterlassen; denn ich brauche wohl nicht auf S. 74 N. 15 zu verweisen, wo der richtige Text zugrunde gelegt ist, wenn ich sage, daß grimumaðr statt grimueiðr eine in diesem Zusammenhang sehr erklärliche Verlesung des Setzers für grimueiðr ist, den ich bei der Korrektur nicht sah. — In der Sache aber kann hier natürlich auch nicht auf den von Zallinger und mir verteidigten Begriff der schädlichen Leute eingegangen werden, zu dem v. Amira nichts weiter beibringt; ich werde mich darüber demnächst mit Knapp auseinandersetzen. Sondern nur das ist die Frage, ob der norwegische Begriff grimumaðr unter den von mir angenommenen Beriffsinhalt »schädlicher Mann« fällt. Liest man nur v. Amira, so könnte man meinen, daß ich die Gleichheit ohne Beleg und Grund behauptet habe. Allein (G. u. I, S. 247 N. 16) nach Fr.þ.L. IV, 62 ist

der grimumaðr der berufsmäßige (arg. gerez) Räuber, und Vest.g.L. II Dr. B. 21, was natürlich hier mit herangezogen werden darf, schildert ihn als den berufsmäßig im Wald liegenden Übeltäter, der dann auch Morde verübt — dasselbe, wie der deutsche schädliche Mann oder Schächer. Den Namen grimumaðr — Maskenmann — aber trägt er von dem bis auf den heutigen Tag überall bei derartigen Leuten beobachteten Gebrauch — man denke nur an das, was in den bairischen Grenzgebirgen üblich ist oder an das englische blackguard —, daß solche ihr Gesicht verhüllen. Darum ist es denn keine willkürliche Kombination, sondern die Folge schlichtester Auslegung, daß grimumaðr und grima (die Maske) identisch ist und grimueiðr der Eid ist, den ein grimumaðr zu leisten hat. — Nun ist der Eid, den der grimumaðr zu leisten hat, der drückendste, der vorkommt: es werden ihm alle Eideshelfer ernannt, weil ihm eben, wie überall den schädlichen Leuten, die Rechtsfähigkeit herabgesetzt wird; daß das auf Offizialklage führt, braucht in dieser Auseinandersetzung mit v. Amira nicht weiter erörtert zu werden, weil mein Gegner dazu sich nicht äußert. — Wohl aber faßt er es als eine ungehörige Kombination, wenn ich behaupte, daß wegen Fr.þ.L. IV. 62 der grimumaðr die Möglichkeit hat, sich gegen den ungünstigen Ausfall der grimueiðr mit iarn zu wehren. Ich soll nicht bemerken, daß es sich in den beiden zusammengeworfenen Rechten um prinzipiell verschiedene Beweissysteme handelt. Hier scheint mein Gegner es zunächst überhaupt für unzulässig zu halten, die Gulaþingsløg und Fristuþingsløg zu kombinieren. Er tut das, und eine Seite später nimmt er, wie schon gezeigt, eine Deutung der þiggja skømm a ser an, die nur durch eine Kombination der beiden Rechtsquellen gewonnen ist. Also mit dieser methodischen Regel, die auch dem ganzen Gang der bisherigen Forschung widerspricht, braucht man sich nicht länger aufzuhalten. Was aber v. Amira weiter unter dem Widerstreit der beiden Systeme meint, ist wohl folgendes: er denkt den grimumaðr von G.þ.L. 134 nur als Reinigungseid des Beklagten und denkt dann, daß, wenn die sechs ernannten Eideshelfer dem Bezichtigten versagt haben, er dann unterlegen sei und nicht mehr zum Ordal der Fr.þ.L. IV, 62 kommen könne. Allein, auf der einen Seite schildert Fr.þ.L. IV, 62 nur, daß der grimumaðr zum Ordal getrieben wird, aber läßt allen Annahmen freien Raum, unter welcher Voraussetzung er dazu getrieben wird. Eine einfache Überlegung samt der Analogie aller anderen germanischen Rechte zwingt ferner zum Schlusse, daß nicht jemand einen anderen dadurch, daß er ihn einfach als grimumaðr bezeichnet, vom Reinigungsbeweis abdrängen und zum Ordal zwingen kann; das wäre ein Unsinn. Vielmehr muß irgendein Bezichtigungsbeweis vorausgehen. Umgekehrt sagt ja G.þ.L. 134, daß der den beschuldigten grimumaðr befreiende Eid durch die sechs ernannten — m. E. von den Behörden ernannten — Eideshelfer (also »Geschworene«) mit dem Beschuldigten geleistet wird. Aber die Stelle sagt nicht, wie sich die sechs Leute in dem Fall verhalten, daß sie die Bezichtigung für richtig halten, und schließt nicht aus, daß sie dann, wie bei anderem heimiliskviðr mit dem Kläger schwören; weiter unten

wird sich sofort für den Eid von G.þ.L. 132 ein Anhalt dafür ergeben. Das ist dann der Bezichtigungsbeweis, den man in Fr.þ.L. IV, 62 voraussetzen muß, und von einem Widerspruch der Beweissysteme ist keine Rede.

Wie schon früher angegeben, sehe ich in den heimiliskviðarvitni des Drontheimer Rechts, auf welches bei Offizial- (oder Popular-) Klage der Kläger sich stützt, die gleiche Form wie in dem Zwölfeid, auf den sich der Kläger nach G.þ.L. (28; 132) stützt, und sehe in beiden das gleiche wie im isländischen goðakviðr. Aufkommen aber gegen diese Bezichtigung kann der Beklagte nach älterem Recht mit Reinigungseid (es fehlt ja am Tatzeugnis); nach dem jüngeren wird er öfters zu Ordal genötigt. So denke ich namentlich, daß G.þ.L. 132, wo der König wegen Hochverrat klagt und zwölf Nachbarn des Bezichtigten aufstellt, aus denen dann der Bezichtigte zwei in den Eid nimmt, auf das gleiche geht wie Fr.þ.L. V, 22 (Norges gamle love II, S. 505) und die darausgeleiteten Stellen, wo jedenfalls inbesondere von einer Klage des königlichen Amtmanns mit heimiliskviðarvitni die Rede ist. — v. Amira (S. 534) legt nun in seiner Bekämpfung dieser Ansicht zunächst »frischweg«, um seine Redeweise zu gebrauchen, unter, daß der Beamte nach Fr.þ.L. V, 22 und den abgeleiteten Stellen mit heimiliskviðarvitni in denselben Fällen klage, wo in G.þ.L. 132 der tolftakviðr stattfindet. Es wäre das allerdings gerade für meinen Standpunkt ein sehr erfreuliches Resultat, weil man dann auch einen Beleg für Einschreiten der Beamten mit heimiliskviðarvitni bei Mord und Sühnebruch bekäme und damit die Beziehung zum goðakviðr noch deutlicher würde. Aber leider redet eben Fr.þ.L. V, 22 und die abgeleiteten Stellen nur von Hochverrat. — Abgesehen von dieser Unrichtigkeit, die v. Amira an einem andern auf das schärfste gerügt hätte, läuft aber sein Widerspruch gegen jene Kombination auf den gleichen Einwand hinaus, der eben vorher beim grimumaðr besprochen ist. Es denkt offenbar v. Amira den Beweis in G.þ.L. 132 so, daß die Ernennung der zwölf lediglich der Auswahl der zwei dienen soll, die der Beklagte in seinen Eid nimmt. Aber wieder gilt hier das gleiche wie oben. Nirgends ist an der Stelle über die Funktion der zwölf Genaueres gesagt; die Stelle steht dem nicht im Weg, daß vorher eine Aussage der zwölf stattfindet und die zwei nur dann in den Eid des Beklagten genommen werden müssen, wenn immerhin durch die Aussage der zwölf Leute ein Gerücht nachgewiesen, also ein heimiliskviðarvitni erbracht ist. — Freilich sagt die Stelle — anders wie die Angaben der Fr.þ.L. über nefndarvitni — das auch nicht mittelbar. Allein dafür ergeben die G.þ.L. einen Hinweis auf so etwas, wenn man zwei andere Stellen heranzieht. Die gleiche Form wie bei Hochverrat fordert nämlich das Rechtsbuch bei der amtlichen Klage wegen Zauberei (G.þ.L. 28), nur daß hier der Beklagte nur einen aus den zwölf in den Eid nimmt. Mit dem Vorgehen wegen Zauberei ist aber allenthalben das wegen Päderastie verwandt. Bei der Klage wegen Päderastie nun ist G.þ.L. 32 gesagt, der Bezichtigte werde durch den Nachweis dessen, daß »er þo heraðsfleitt«, also durch ein heimiliskviðarvitni, zum Ordal gedrängt. Daß

hier ein Ordal erzwungen werden kann und der Bezichtigte nicht mehr zum Reinigungseid kommt, ist spätere Bildung (G. u. I. S. 240). Aber ursprünglich — und natürlich — ist, daß vor einer Reinigung überhaupt der Nachweis des Gerüchts gefordert wird, wie ganz allgemein im Recht des Borgarthing. Dann aber ist man allerdings genötigt anzunehmen, daß, wie bei der Klage wegen Päderastie, so auch bei der wegen Zauberei der Nachweis des Gerüchts die Voraussetzung dessen ist, daß der Bezichtigte zur Reinigung getrieben wird, und dieses Gerücht wird dann durch die zwölf Männer zum Ausdruck kommen, die bei der Klage wegen Zauberei ernannt werden. Das Verfahren in G.þ.L. 28 aber ist identisch mit dem in G.þ.L. 132: daß hier 2, dort 1 aus den zwölf in den Eid genommen wird, macht nichts aus. Dann muß wegen G.þ.L. 28 in Verbindung mit G.þ.L. 32 angenommen werden, daß auch die zwölf Leute von G.þ.L. 132 einen Nachweis über das Gerücht geben — im Anschluß daran, daß in der Fr.þ.L. diese zwölf Leute unmittelbar als vattar bezeichnet werden. — Das Bisherige ergibt endlich auch einen zahlenmäßigen Zusammenhang zwischen der südwestlichen Berufung auf zwölf Leute und dem isländischen goðakviðr aus den Goden und elf Leuten.

Daß meine Behauptung, das norwegische Offizialverfahren mit heimiliskviðarvitni sei mit dem isländischen goðakviðr gleich, nicht ein willkürlicher Sprung ist (v. Amira S. 534), den dann übrigens der vorsichtigste aller Forscher, K. Maurer, vor mir gemacht hätte (Vorlesungen V, S. 661 f.), hat das Bisherige ergeben. Eine Urkunde freilich des Inhalts: »der isländische goðakviðr ist das norwegische heimiliskviðarvitni im Offizialverfahren« gibt es natürlich nicht. Aber man kann eben die Identität wurzelgleicher Einrichtungen in verschiedenen Gebieten nur dadurch erhärten, daß man erst die allgemeine Möglichkeit eines solchen Zusammenhanges und dann den völlig gleichen Aufbau der Einrichtungen nachweist. Das hat — weil es eben gar keinen anderen Weg gibt — auch v. Amira in seinen Arbeiten stets gerade so gemacht.

In diesem Zusammenhang verwahre ich mich endlich auf das schärfste gegen die Unterstellung v. Amiras S. 534, wenn er behauptet, daß ich — und gar anscheinend entscheidend — meine Annahme dieser Gleichheit irgendwie auf das norwegische Gesetz für Island von 1310 (G. u. I. S. 250 N. 31) gestützt hätte. Ich habe lediglich erwähnt, daß in dieser späteren Zeit die ostnorwegische Begrenzung des Bezirksgerüchtes auf ein Viertel der Gerichtsgenossen in Island vorkommt; auf die ältere Zeit habe ich das mit keinem Wort zurückgeführt, habe überhaupt keine Schlüsse gezogen; aber ich habe die Sache erwähnt, weil sie nicht ohne Bedeutung sein könnte — etwa in dem Sinn, daß man eine Ähnlichkeit des isländischen goðakviðr und dieser norwegischen Rügung empfand und deshalb letztere leicht aufnahm. v. Amira aber hat daraus die Behauptung gemacht — wenigstens wird jedermann die Stelle so lesen —, daß ich die Identität des goðakviðr mit den norwegischen Einrichtungen mit diesem jüngeren Gesetz habe erweisen wollen, und wer meine Ausführungen nicht angesehen hat, mag sich billig über solche unmethodische Träumerei verwundern. — Sperrt v. Amira die Silbe o s t (norwegisch)

und findet auch hier einen Fehler, so ist das Gesetz für Island dem jüngeren Christenrecht des Borgarþing nachgebildet, und dieses liegt nicht nur auf der Karte, sondern auch nach der Auffassung Amiras (Obl.R. II, S. 2) im Südosten Norwegens.

In Summe also hat v. Amira mit keinem einzigen seiner Vorwürfe, die das norwegisch-isländische Recht betreffen, recht. Nur einen Druckfehler hat er aufgestochen. Dagegen sind ihm selber eine Reihe sehr beträchtlicher Irrtümer begegnet.

3. Dem drontheimischen System, wo die »Kommission«, welche über das Zeugnis zu entscheiden hat, von beiden Seiten ausgewählt wird, entspricht das oberschwedische Recht. Mit dessen Erörterung soll nach v. Amiras S. 540 f. Vorgang zugleich das götische Recht besprochen werden, wiewohl hier die naefnd amtlich besetzt wird. Denn beiden Quellengruppen ist immerhin eines gemeinsam, nämlich die späte Entstehung zu einer Zeit, wo die kirchliche Reaktion gegen das Ordal nur im entlegensten Teil des Landes — Helsingeland — sich noch nicht durchgesetzt hat. Deshalb kann man überall im ganzen nur die Voraussetzungen und die Gestaltung der naemd, nicht dagegen deren Beziehung zum Ordal erkennen.

Für das schwedische Recht steht wieder fest, daß nach den einen Nachrichten der Beklagte zum Beweis mit Eideshelfern kommt, wenn der Kläger keinen Zeugenbeweis führt (G. u. I. S. 80 f.); nach den anderen aber kommt es zur naemd, wenn Klagzeugnis vorliegt. Jüngere Nachrichten lassen (S. 83 f.) die naemd auch ohne Zeugnis möglich sein. Demgegenüber behauptet v. Amira (S. 540), daß bereits in Upplandslagen eine naemd ohne Zeugnis vorkommt. Wäre das richtig, so würde es nicht mehr bedeuten, als daß die spätere Veränderung auch schon in das Rechtsbuch, das ja auch sonst nebeneinander ältere und jüngere Bildungen enthält, übergegriffen hat. Aber v. Amiras Behauptung ist hier wieder nicht richtig. In Upl.L. K.þ.B. 11 wird ja vorausgesetzt, daß der vom Obdach Verstoßene dadurch umgekommen ist; d. h. es liegt blickender Schein vor, der nach meiner Darstellung überall an Stelle des Tatzeugnisses steht. In Upl.L. M.B. 19 pr., wo gegen andere Stellen auch bei handhafter Tat mit naemd operiert wird, ist vorausgesetzt, daß die delinquierende Frau waerþaer bar ok a takin; das bildet die Voraussetzung des Verfahrens; daß aber diese Voraussetzung nicht durch den Ausspruch der naemd, die ja aus eigenem nichts über den Vorgang bezeugen kann, ersetzt zu werden vermag, ist klar; wie sonst muß auch diesmal die Handhaftigkeit durch Zeugen oder — was hier besonders wichtig ist — durch blickenden Schein (etwa ähnlich wie im alamannischen Recht: G. u. I. S. 10) bewiesen werden. Die letzten Stellen þ.B. 2 § 1; 4 pr. § 1 hat v. Amira selber schon weggeräumt: es handelt sich in ihnen um Vorgänge im Gericht; darüber entscheiden beiderseitig als naemd bestellte 12 Leute, þe a þingi waru (2 § 1). Hier sind also die gleichen Personen zugleich Zeugen und naemd; daß keine naemd aus Personen zugelassen wird, die nicht a þingi waru, zeigt meines Erachtens sehr schön, daß prinzipiell eine naemd mit Zeugenbeweis im Parteiprozeß untrennbar verbunden ist. — Daß bei kleineren

Sachen im Schwedischen, wie auch sonst, nicht naemd, sondern Reinigungseid eintritt, habe ich (G. u. I. S. 84, 86) selber bemerkt. — Gegen die naemd kann im schwedischen Recht nach meiner Meinung der Beklagte mit dem Ordal aufkommen, und ich stütze das auf Hels.L. Ae.B. 16 pr. v. Amira S. 540 bestreitet das Argument. Nun ist es aber unmöglich, daß in Helsinglagen das allgemeine germanische Ordal etwa Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts neu eingeführt wurde, sondern nur so kann die Nachricht verstanden werden, daß, wie anderwärts auch, so in Helsinglagen vor 1290 das Ordal durch Reichsgesetz abgeschafft wurde, sich aber demgegenüber in der Praxis hielt und jetzt 1320 zum zweitenmal beseitigt ist. Zu diesem Moment kommt das zweite, daß Helsinglagen die naemd sonst genau unter den gleichen Voraussetzungen anwendet, wie sein Vorbild, Uplandslagen. Aus beiden zusammen folgt dann, daß die Worte skal bøtis for hwart mael, þaet naemd faeller, swa sum føra iarni urþa ful nicht etwa heißen, daß die naemd an Stelle des Ordals eingeführt ist; denn davon weiß Uplandslagen nirgends etwas, setzt die naemd als etwas Überliefertes voraus, was bei Klagzeugnis eintritt. Aber auf der anderen Seite erledigte nach Helsinglagen das Ordal die Sache früher definitiv, während jetzt die naemd dies tut. Das kann doch nur heißen, daß früher überall die naemd da war, aber nicht definitiv die Sache erledigte, sondern man dagegen noch mit iarn anzugehen vermochte.

Ich kann sofort hier das anschließen, was v. Amira S. 540 gegen meine Annahme anführt, daß auch im götischen Recht iarn die ultima ratio gegen eine durch Zeugenbeweis gestützte Klage gewesen sei. Ich habe mich auf Oestg.L. Eþs. 17 berufen (S. 102). Das Rechtsbuch unterscheidet zwei Fälle: den ersten von nu kan sva — gaer þaet, wo von der prozessualen Ausgestaltung nicht mehr gesagt wird, als daß der Bezichtigte gesteht — der zweite von vaenis ab, wonach man sich bei vaenis früher mit iarn wehren konnte. Nun schließt v. Amira S. 541 aus der bekannten Tatsache, daß vaena öfters die beweislose Klage bedeutet, das sei auch hier der Fall, und damit sei seine These erwiesen. Aber er übersieht zweierlei. Einmal ist, wie schon Schlyter (Glossar zu Oestgøtalagen) gesehen, in Oestgøtal. der Gegensatz zu vaena nicht die zeugnislose Klage überhaupt, sondern das Ergreifen auf handhafter Tat, und es fällt also die Klage mit Zeugnis ohne handhafte Tat unter vaena. Auf der anderen Seite geht in der Stelle alles von nu vaenis ab bis zum Schluß des Kapitels auf die gleiche Art der Geltendmachung, und redet nirgends von handhafter Tat; denn sonst käme man nach dem Schlußsatz zum sonderbaren Resultat, daß auch bei handhafter Tat der Beklagte zur schlichten Reinigung gelangt, wenn sich der Kläger nicht auf eine Klage vor der seltenen konnunxraefst einläßt. Hat aber alles von nu vaenis ab den Prozeß mit vaenis im Auge, so kommt dann nach der wortdeutlichen Angabe der Stelle in einem solchen Verfahren, in dem der Beklagte sich schließlich mit iarn reinigen konnte, ein vitni zur Anwendung. — Gibt mir v. Amira in diesem Zusammenhang den Rat, zu untersuchen, ob nicht die naemd statt des Ordals erst eingeführt sei, so bedauere ich, denselben, so altbekannt er ist, nicht befolgen zu

können. Denn nirgends ist in den Rechtsquellen auch nur mit einem Wort ein Beleg zu finden; die ganze beleglose Vermutung entspringt nur dem Willen, durch eine allgemeine Konstruktion die Ursprünglichkeit der skandinavischen naemd wegzuräumen. Hier scheint mir allerdings ungebundenstes Hypothesenwesen in Schwung. Daß aber bei meiner Auffassung die naemd weggefallen sein müßte, wenn ihr ursprünglicher Sinn durch den Wegfall des Ordals alteriert war, gegen dieses etwas wunderliche Argument v. Amiras (S. 541) genügt ein Hinweis auf das, was Mephisto zum Schüler über Gesetz und Recht sagt.

Den heftigsten Angriff richtet mein Gegner (S. 541) gegen meine Auffassung von den verschiedenen Arten der naemd im westgötischen Recht und meint in seiner liebenswürdigen Bestimmtheit: »Fast alles ist Phantasie«. Wie steht es nun da?

Es ist zweifellos und auch von Amira nicht bestritten, daß Vestgøtalagen eine naemd aus dem ganzen Lande, eine naemd von 24 naemdaemaen und eine fjorþungsnaemd unterscheidet.

Nun aber beginnt der Zweifel. Ich habe ausgeführt, daß mit dieser fjorþungsnaemd der Beweis meþ siu mannum af naempdine zusammentrifft, daß diese naemd insgesamt nur aus 7 Leuten besteht, daß aber einer dieser 7 Leute der unorganisch und unvollständig eingeschobene naemdarmaþer des einzelnen Ortes ist.

Die Gründe für den ersten Satz stehen G. u. I. S. 102 N. 32, ohne daß sie v. Amira diskutiert hat.

Dagegen hat er die alte von Schlyter, Nordström, auch von Hjärne vertretene Meinung wiederholt, die 7 Leute stellten nur die Majorität einer normalen Zwölfernaemd dar. Wollte ich wie v. Amira verfahren, so könnte ich einfach damit loskommen, daß ja von alledem, vor allem von einer Zwölfernaemd, gar nichts in den beiden Texten steht, und könnte mich begnügen, v. Amiras Meinung als »Phantom« zu bezeichnen. — Aber man kann schon erheblich positiver beweisen. Schon wenn es Vestg.L. II, Forn.B. 11 heißt: vaeri sik meþ tolf manna (Eideshelfer) eþe und unmittelbar danach vaeri sik meþ siu mannum af nempdine, so fällt die Vorstellung schwer, daß in einem Falle die Gesamtheit der aussagenden Personen (hier Eideshelfer), im anderen die bloße Majorität (hier Geschworene) gemeint sei. — Entscheidend ist aber Vestg.L. II, add. 12 § 1. Hier soll die Partei swaeria; biþia sik ok þeem syu mannum af nempð hullan sva gud ok helgaedom, hon (han) a halder, at han soor a rettom endagh; meþ lagha munhave, reen og eig men ... Fellir nempd eþ þaen, boete — sum lagh sighiae. Also zunächst bittet die Partei Gott und die Reliquie, ihr und den syu maen af nempð gnädig zu sein, wenn sie recht schwört. Dann spricht sich die naempð aus. Es ist nun doch ganz unmöglich, daß die Partei von vornherein voraussetzt, es werde nur eine Majorität auf ihre Seite treten, und daß sie nur für diese Majorität den Segen Gottes erfleht, während in Wirklichkeit alle mit der Partei schwören könnten, also eine Minorität der naemd mit dem Segen leer ausgehen würde. Deshalb müssen die syu maenn af naempð

die ganze nempð darstellen. — So »bleibt es« nicht »dabei, daß die regelmäßige Jury aus den Gøtaländern, genau so wie in Schweden, aus 12 Mitgliedern bestehe«; in Westgøtland ist es eben anders.

Weiter soll die naempdaemaþer im Sinn des ständigen Ortsvorstandes nicht zu den syu maen af nempðine gehören. Heißt es aber in Vestg.L. IV 18 § 2 (cf. II þ.B. 2) vom naempdarmaþer, er solle schwören en witulөsa en eð; biði swa saer guð hol oc syu mannum af naempð, at han weth han hwatti þyuff aellaer orðþyff, so braucht das ok noch lange nicht mit v. Amira S. 542 zu beweisen, daß er nicht zu den 7 gehört. Wären die 7 nur die Majorität von 12, dann könnte der Schluß richtig sein. Sind aber die syu maen af naempðine eine geschlossene Behörde, die fjorþungsnaempð, die technisch auch unter jenen Namen der syu maen af naempðine geht, dann wird auch das einzelne Mitglied des Kollegs von sich und den syu maen af naempðine (überhaupt) sprechen. — Spricht also die von Amira beigebrachte Stelle nicht dagegen, daß zu den 7 Leuten ein naempdaemaþer gehört, so nötigen andere Beobachtungen an der gleichen Stelle positiv zu diesem Schluß. Vestg.L. II þ.B. 2 (IV 18 § 1 § 2) sagt zunächst in bezug auf den nichthandhaften Dieb, es sollten siu men af nempðine schwören, woran sich dann noch ein Reinigungseid mit Eideshelfern anschließt; dann folgt der Passus: nempdaeman a at vaeriae þiuf aellaer faellae — vil han hvarte gørae, þa svaeri, at han vet han hvarte sannan hvarte usannan. In IV 18 § 2 aber lautet, wie gezeigt, der Eid so, daß Gott gebeten wird, den naempdaemaen ok syu mannum af nempð hold zu sein. Nun findet es sich allerdings und ist wohlverständlich, daß die Partei, die mit den Eideshelfern und mit der naempð schwört, Gottes Gnade über die Mitschwörer herunterruft (Vestg.L. IV 12 § 1). Aber das ist doch undenkbar, daß ein Zeuge Gottes Gnade über ein Geschworenenkolleg herunterruft, zu dem er nicht gehört. Also IV 18 § 2 spricht nicht gegen, sondern entscheidend für mich.

Immerhin aber ist der naempdaermaþer nicht in der gleichen Weise aussagepflichtig wie die übrigen aus den syu maen af naempdine, kann sich mit seiner Unkenntnis entschuldigen und ist den übrigen nur unorganisch hinzugefügt. Dann besteht die fjorþungsnaemd eigentlich aus saex maen af nempðine; d. h. die fjorþungsnaemd entspricht 6 Leuten, die aus einem größeren Körper, einer größeren naemd (arg. af nempðine), genommen sind.. Zieht man dazu, daß ja die große naempd von 24 bezeugt ist, so ist dann die besprochene Form ein Viertel jener 24-Männernaemd, und diese 24-Männernaemd kann dann nicht von Fall, sondern muß ständig besetzt sein. —

Endlich ist kein Zweifel, daß jener einzelne naempdarmaþer, dessen kommunales Beamtentum offenliegt (G. u. I. S. 103), zusammen mit einem Nachbarn in kleinen Fällen dasselbe zu tun hat wie in schwereren Fällen die naemd. Im einen Falle vaeri (der Beklagte) sik meþ siu mannum af nempdine; im anderen vaeri sik maed sic oc sinum naestae grannae oc sinum naemdae manni (Vestg.L. I Br. § 1). Es ist demgegenüber unbegreiflich, wie v. Amira S. 542 hier einen Unterschied behauptet; entweder ist auch die Siebenernaemd

keine naemd, oder der naempdarmaþer mit dem Nachbarn fungiert genau so als naemd. Daß dabei die Nachricht aus kirchenrechtlichem Gebiet stammt, besagt überhaupt nichts. Denn da der naempdarmaþer zweifellos nicht durch und für das Kirchenrecht allein geschaffen ist, so ist es willkürlich, zu behaupten, daß jene Aussagepflicht, weil sie zufällig gerade in einer kirchenrechtlichen Materie erwähnt wird, kirchenrechtlichen Ursprungs sei.

Die Annahme der 24-Männernaemd mit ihrer Unterabteilung der fjorþungsnaemd oder syu maen (6 und dem außerhalb stehenden naempdaemaþer) af nempdine ist kein »Phantom«, während von der angeblichen Zwölfernaemd v. Amiras kein Wort in den Quellen sich findet. — Eine andere Frage ist, wie diese Verdoppelung der sonst im Skandinavischen üblichen Zwölfzahl entstanden ist. Meine beiläufige Vermutung, daß 12 naempdaemaen mit 12 anderen Mitgliedern zusammengestellt worden seien, muß ich bei nochmaliger Überlegung aufgeben, nicht den Argumenten v. Amiras gegenüber, sondern weil ja jeweils der naempdaemaþer außerhalb der eigentlichen fjorþungsnaemd steht. So bleiben für den Grund der Änderung bloße, unbelegbare Möglichkeiten, die weiter zu erörtern nicht lohnt. Hier ist mir nun wirklich ein Fehler begegnet, der einzige, den mir v. Amira nachwies; ich habe in den Vorarbeiten zu meinem Buch durch eine Verlesung aus Vestg.L. I S.B. 2 þryggiae notiert, statt tryggiae, und habe dieses Versehen beibehalten (G. u. I. S. 107 N. 60), wiewohl ich anderwärts (S. 107 N. 59) die richtige Lesung einsetzte; dadurch kam ich zu einer älteren fjorþungsnaemd von 3 Leuten und fand darin einen Überrest einer alten großen naemd von 12 Leuten, die ja unmittelbar nicht mehr vorkommt. Das ist falsch, aber spielt für den ganzen Aufbau eine höchst unbedeutende Rolle, trägt gar nichts Wesentliches. Daß aber solche Verlesungen leicht vorkommen und dann festgehalten werden, dessen hätte v. Amira am meisten eingedenk sein sollen, wenn er sich an sein Mißgeschick in der Kontroverse mit Ph. Heck erinnert (Z.Sav.St. XXX S. 312).

4. Mit dem schwedischen Recht im nächsten Zusammenhang steht nach meiner Meinung das spanische, also das westgotische Recht. Wiewohl ich das Studium der spanischen Quellen in der Zeit, in der das Buch geschrieben wurde, noch nicht abgeschlossen hatte und mir vieles erst seither bekannt wurde, konnte ich doch diese ganz besonders ursprüngliche Gruppe nicht beiseite lassen. Was sich seitdem gefunden, bestätigt durchweg die Aufstellungen in meinem Buch. Danach kommt zunächst die eidliche Reinigung des Beklagten in Frage, und zwar erst der Eineid; wenn aber Kläger mit einem Voreid (manquadra) klagt, so Reinigung mit einem mehrfachen von Eideshelfern. Es sind das Formen, die nahe an das ursprüngliche sächsische Recht heranführen (G. u. I. S. 31, 32). Diese Reinigung wird aber jederzeit dadurch verlegt, daß ein Überführungsbeweis geleistet wird; es genügen dazu die Belege in G. u. I. S. 90, die ich aber stark vermehren könnte; nur darauf will ich flüchtig hinweisen, daß diese Überführung als firmare, auctorigare (otorgar) bezeichnet wird, also mit dem Ausdruck, mit dem auch andere, sachlich weitabliegende Fälle des »Festmachens« bezeichnet werden, wie

das Einstehen des Gewährsmannes, der Aufnahme in einen Rechtskreis durch Wadiation; es liegt eben das gotische fastan zugrunde mit derselben Bedeutung wie das nordische festa oder das bairische firmare. — Das Verhältnis des irrationellen Beweises zum Klagezeugnis erschien mir in G. u. I. S. 90 f. nach dem damaligen Stand meiner Belege unklar; das Ordal im engeren Sinn dachte ich allerdings von einem Klagebeweis abhängig, während ich für den Zweikampf zu keinem festen Schlusse kam. Aber nicht nur nach den so ursprünglichen usatici von Barcelona wird in einem Fall Zeugnis oder blickender Schein als Voraussetzung zum Zweikampf gefordert (G. u. I. S. 92 N. 12), sondern geradeso hat das Recht von Aragon den Satz, daß der Beklagte nur dann zum Zweikampf genötigt ist, wenn dem Kläger die probatio gelingt, während er im anderen Falle zur Reinigung kommt (fueros, observantias y actos de corte de Aragon II S. 104b unten, S. 105a oben). Das Recht von Salamanka endlich, das schon im 12. Jahrhundert den Westen beherrscht und in Portugal die Grundlage des Rechtes von Evora wurde, von dem dann eine sehr große Zahl portugiesischer Stadtrechte abgeleitet sind, bestimmt (fuero de Salamanca ed. Ruano) c. 3: nur dann kann sich der Blutkläger auf Zweikampf stützen und den Beklagten von der Reinigung abdrängen, wenn er nicht nur Zeugen für die eigene bona fides (also eine bloße manquadra) vorbringt, sondern dafür, que aquellos enemigos — que feridores e matadores fueron, onde morio su pariente. Bei diesem Quellenstand kann man jetzt allerdings behaupten, daß ursprünglich auch der Zweikampf durch ein Klagezeugnis bedingt war.

Schon in meinem Buch hat sich gezeigt, daß das spanische Recht seit dem 9. Jahrhundert exquisitores nennt, die von beiden Teilen bestellt sind (S. 91 N. 10; S. 93 N. 16); das grundlegende Gesetz von 1020 aber ergibt, daß diese exquisitores nur dann Platz greifen, wenn die querimonia vera fuerit und nicht nur auf einer suspectio beruht (S. 91 N. 10). Daraus habe ich den Schluß gezogen, daß die exquisitio eine Prüfung des Klagezeugnisses durch eine von beiden Teilen ernannte Kommission ist, von deren Ausgang es dann abhängt, ob dem Zeugnis bindende Kraft zukommt, und ob es also genügt, den Beklagten zum Ordal zu treiben. v. Amira S. 537 betrachtet das für einen ungehörigen Schluß, wiewohl ich mir auch bloß nach den damals bekannten Quellen noch heute nicht denken könnte, welche andere Funktion den exquisitores zukam. Mittlerweile habe ich in den Gesetzen des portugiesischen Königs Alfons III. (M. Portugaliae leges I, S. 293 c. 173—175) die Gestaltung des Institutes in ausführlicher Breite kennengelernt: danach ernennt jede Partei 1—3 enqueredores, und diese Kommission von 2—6 Leuten nimmt den Zeugenbeweis entgegen und würdigt ihn [1]. So zeigt sich das jetzt unmittelbar, was vorher nur ein mittelbarer Schluß war, daß die exquisitores oder inquisitores über den Beweis-

[1]) Es wird auch hierher gehören, wenn über die Richtigkeit eines Zeugenbeweises auf die Entscheidung eines pesquisa verwiesen wird (M. Portugaliae leges I S. 863 c. 41).

wert des Zeugnisses entscheiden. — Nur wenn die inquisitores das Zeugnis als genügend anerkennen, wird der Beklagte zum Ordal (Zweikampf) getrieben. Der Zusammenhang dieser Form mit der schwedischen liegt auf der Hand.

Beiläufig will ich auch bemerken, daß gerade dieser Rechtskreis einen sehr deutlichen Beweis für die besondere Behandlung der Gewohnheitsverbrecher, der »schädlichen Leute« bietet; so das Recht von Evora von 1166 (M. Portugaliae leges I, S. 393) mit all seinen Verzweigungen: concedimus, quod si aliquis fuerit latro et si iam per unum annum vel duos furari vel rapere dimisit, si pro aliqua re repetitus fuerit, quam comisit, salvet (reinigt) tanquam latro. Also hier erfolgt eine Veränderung (Verschlechterung) des Reinigungsrechtes (salvare), welches nicht an eine einzelne Tat, sondern an das berufsmäßige Räuberleben anknüpft.

Die wenigen Nachrichten über burgundische Rechte habe ich dahin zusammengefaßt (S. 95), daß nach ihnen im Burgundischen dieselbe Gestaltung wie im Gotischen »möglich« ist. Ich habe nirgends einen Gegenbeweis verlangt (so v. Amira S. 537), weil ich ja nicht weiter gegangen bin als zu behaupten, daß die burgundischen Fragmente mit den westgotischen übereinstimmen könnten und deshalb nicht als Gegenbeweis gegen meine Auffassung des gotischen Rechts verwendet werden dürfen.

5. Auch gegen meine Schilderung des friesischen Parteiprozesses erhebt v. Amira Einspruch. Zunächst ist hier wiederum eine Unterschiebung abzuwehren. Ich sage S. 123: »Ganz allgemein ist nun die Erscheinung, daß sich der asega (= redieva) oder eine Mehrzahl solcher Beamter — auf Seite der einen Partei stellt (hlia)«. v. Amira belehrt mich (S. 536), daß hlia nicht »sich auf eine Seite stellen«, sondern einfach »aussagen, aussprechen, bezeugen« bedeutet. Nun ist mir an jener angefochtenen Stelle nicht entfernt eingefallen, mit »auf die Seite stellen« den Wortsinn von hlia wiederzugeben; nur dessen prozessuale Funktion wollte ich damit ausdrücken. Aber wenn doch einmal vom Wortsinn gesprochen werden soll, so möchte ich fragen, woher v. Amira weiß, daß hlia »einfach« aussagen, sprechen, bezeugen bedeutet. Es gibt wohl keine andere Ableitung als von hli, und dieses bedeutet Schutz, Zuflucht. Hlia heißt »schützen«, und ich bin mit meinem »auf die Seite treten« dem Wortsinne jedenfalls viel näher gekommen als Amira. — Wichtiger sind v. Amiras Bedenken gegen meine Konstruktion. Er sagt zunächst: »Es trifft schon nicht zu, daß die angebliche Kommission immer aus Unparteiischen besteht. Sie ist nicht unparteiisch, wenn sie aus den Bezirksvorstehern des Beweisführers, auch nicht, wenn sie aus seinen Bezirksgenossen und am wenigsten, wenn sie aus seinen Verwandten besteht.« Nun ist mir (vgl. S. 125) doch hier nicht eingefallen, die Verwandten als Unparteiische zu betrachten; ich bringe sie vielmehr zu diesen in scharfen Gegensatz. Daß aber die »Bezirksvorstände« unparteiisch sind, halte ich freilich als sicher, und für die Bauern der Kommission gilt dasselbe, wenn sie, wie ich annehme, von den »Bezirksvorständen« ernannt sind. Denn daß sie dem gleichen Bezirk wie die Partei angehören, macht sie doch noch nicht parteiisch, ebenso

wie die jurata des englischen Rechts unparteiisch ist, wiewohl und weil sie aus dem Bezirk der Partei genommen ist. Für das westerlauwerische und das seeländische Recht sind die Verhältnisse ohnedies klar. — Ich habe ferner gesagt (S. 126), daß nach einer Reihe von Stellen die Kommission nur da einsetzt, wo der Kläger sich auf Zeugnis oder blickenden Schein beruft, und schließe daraus allerdings, daß das die Regel ist. Demgegenüber sagt v. Amira S. 536, das treffe nicht immer zu. Einige der angeführten Bestimmungen setzten voraus, daß der Kläger überhaupt keinen Beweis führt, die angebliche Kommission vielmehr ein Verteidigungsmittel des Beklagten ist. Andere, wo sie ein Angriffsmittel des Klägers ist, setzten voraus, daß dieser keinen sonstigen Zeugenbeweis geführt, sondern einen Angriffseid mit Helfern geschworen hat. Wieder andere forderten, daß die Kommission aussagt, bevor der Kläger schwört. Es sei klar, daß es sich um ein einschneidiges Beweismittel handle. Freilich ist es nun richtig, daß gelegentlich die Aussage der Kommission als Verteidigung des Beklagten gefaßt wird (Richthofen, R.Q. S. 541 § 40 § 41). Aber geradeso können die gleichen Leute in der gleichen Sache sich auf Seite des Klägers stellen, können z. B. S. 541 § 41 bald heroch, bald ovirhere hlia. Es handelt sich eben um das Gegenteil eines einschneidigen Beweismittels; sondern entsprechend dem waeriae ok fellae der ostnordischen naemd kann sich die Kommission auf die eine oder andere Seite stellen (so besonders auch die Stellen aus dem Brokmerbrief G. u. I. S. 123 N. 4, wo S. 157, 158 gelesen werden muß). — Es ist ferner richtig, daß nicht überall vor der Kommissionserklärung ein Zeugenbeweis erwähnt wird — ich habe das auch nirgends behauptet. Aber ebensowenig ist irgendwo gesagt, daß das Zeugnis, das andere Stellen (G. u. I. S. 126 N. 14) ausdrücklich fordern, sonst unnötig sei. Man kann das entweder dahin deuten, daß, wie so oft, das an sich notwendige Requisit als selbstverständlich nicht genannt wird, oder daß etwa eine Entwicklung ähnlich wie in Schweden (G. u. I. S. 83) eingetreten ist. Ich habe mich jeder Entscheidung enthalten. — Dafür endlich, daß dem Zeugnis der Ausspruch der Unparteiischen vorgeht, finde ich keinen Beleg: ich vermute, daß v. Amira aus G. und I. S. 123 N. 4 die Stelle Richthofen, R.Q. S. 157 § 47 § 49 im Auge hat; § 47 heißt es: skether aeng raf, sa skel thi rediewa thet wita and efter skel thi huswerda thet biswere. Allein der huswerda in § 47 und ebenso der hi in § 49 ist der Kläger, der lediglich, nachdem der redieva gesprochen hat, noch einen Eid leisten muß: mit einem Zeugnis hat das nichts zu tun. Aber selbst wenn wirklich das Zeugnis erst nach der Erklärung des redieva erfolgt wäre, so könnte das als eine sehr natürliche Bildung gefaßt werden, daraus hervorgegangen, daß man allmählich die Erklärung der vornehmsten Personen an die erste Stelle gerückt hat in Umbildung ihrer ursprünglichen Funktion. — Daß endlich die Tätigkeit der Kommission in keinen wesentlichen Beziehungen zu Zweikampf und Gottesurteil stehe, widerspricht klaren Quellenstellen (G. u. I. S. 126 N. 15); aber natürlich ist hier so wenig wie anderwärts gegen jede Aussage der Kommission mit dem irrationellen Beweis aufgetreten worden.

6. Nicht siegreicher ist mein Gegner mit seinen Einwendungen, die das Recht von Dithmarschen und Fehmarn treffen. — Daß Fehmarn nur vielleicht mit Dithmarschen zusammensteht und ebensogut dänisch bestimmt sein kann, habe ich doch selber (S. 122) genau so wie v. Amira gesagt, und ich verstehe nicht, was er hier verbessern will. — Im übrigen aber gehen die Einwendungen gegen mich von der Behauptung aus, daß die Geschworenen in Dithmarschen richtige Eideshelfer seien. Hier liegt, wie öfters in den Bemerkungen von Amira, ein Gegensatz zugrunde, der erst am Schluß ganz allgemein erörtert werden soll. Er hält für Eideshelfer alle diejenigen, die mit der Partei schwören, während ich alle diejenigen, die nicht von der Partei, sondern durch eine unparteiische oder obrigkeitliche Instanz bestimmte Mitschwörende sind, ebensogut als Eideshelfer wie als Geschworene betrachte. Daß aber bei den Dithmarschen das nemede obrigkeitlich bestellt ist, ergibt, wie von mir ausgeführt, Landrecht I § 10. — Jedenfalls spricht es gewiß nicht gegen den Geschworenencharakter, wenn das nemede bald als Verteidigungsmittel des Beklagten (G. u. I. S. 118 N. 4; S. 119 N. 5), bald (S. 121 N. 21) als Angriffsmittel des Klägers erscheint: wie im Skandinavischen oder Friesischen erklären sich eben diese Ernannten dadurch, daß sie sich auf die eine oder die andere Seite stellen. — Damit steht es dann doch nicht, wie v. Amira meint, in Widerspruch, daß nach einer großen Zahl von Stellen, die dann die Regel wiedergeben müssen, das nemede von einem Klagebeweis abhängig ist. Dadurch, daß das nemede sich endlich auf Seite des Beklagten stellt, erklärt es den Nachweis für ungenügend; aber formell muß vorher ein solcher Zeugenbeweis geführt sein. Gerade aus dieser Regel erklärt sich dann das ungeheuer große nemede im Fall I. 74, 75, wo ausnahmsweis wirklich von der Notwendigkeit eines Zeugenbeweises abgesehen wird. — Wie überall, ist auch hier die Kommission des nemede eine Vereinigung von Unparteiischen; findet das v. Amira für »so quellenwidrig als möglich«, weil nach Landrecht II (er meint offenbar II, 191 § 2: G. u. I. S. 121 N. 18) in dem nemede nicht die »vighende«, sondern die »frunde« sein sollen, so staunt man. Denn damit ist doch nicht mehr als ein Rekusationsrecht wegen Feindschaft statuiert, wie es bei der englischen iurata in breitem Maße vorkommt. Meint er aber, daß »Unparteiische« nicht dem Geschlecht oder Kirchspiel des Beweisführers entnommen sein könnten, so sind Kirchspiel und Geschlecht im Dithmarsischen so große Verbände (Landrecht II, 75), daß die daraus Genommenen schon vollständig unparteiisch zu sein vermögen; aber auch da, wo das nemede aus Sippe oder Kluft des Beklagten bestellt wird, wird das von diesen Quellen nicht als Bestellung von Personen betrachtet, die den Beklagten günstig sind; denn nur, wenn der Kläger keinen Beweis liefert, kommt er zur freien Auswahl von Eideshelfern (II, 75). — Endlich »vergewaltigt« v. Amira und nicht ich die Quellen, wenn er meint, daß »jenes Recht«, welches der Beklagte »mit Gottes Recht« widertreibt, ein mit Helfern geschworener Angriffseid ist, und weiter behauptet, daß das Angebot des Gottesurteils durch den Beklagten vor dem Schwur erfolgen muß. Was das

erstere anlangt, so ist I, 66, wo von dem »Recht«, das überboten wird, geredet ist, neutral; es kann sich um nemede, könnte sich aber vielleicht auch um einen Angriffseid mit Helfern handeln. Dagegen zeigt I, 74, 75, daß hier gerade das Recht das nemede ist, das durch »Gottesrecht« angefochten wird; dann ist auch das »Recht« in I, 66 ein nemede. Die zweite Behauptung würde, wenn sie richtig wäre, immerhin für die Natur des nemede gar nichts austragen; denn es könnte ja das »Gottesrecht« eventuell angeboten werden, für den Fall das nemede ungünstig ausfällt. Aber sie ist unmittelbar falsch: offenbar stützt sie v. Amira auf I, 66 de schal dat up driven vor dem rechte up deme selven male und tyd und faßt das »vor« zeitlich. Allein der Satz ist örtlich gemeint, und die Stelle besagt nur, daß die Anfechtung in Gegenwart des »Rechts«, d. h. des nemede und sogleich erfolgen soll. Das folgt nicht nur daraus, daß ein zeitliches »vor« sich mit dem up deme selven male und tyd nicht verträgt, sondern vor allem auch aus I, 75, wo das »updriven mit eneme godes rechte« erst erfolgt, wenn das »Recht« zustande gebracht (to velde brocht) ist.

7. a) Mit den Erörterungen der Einwendungen, die v. Amira gegen meine Auffassung des englischen Rechtes erhebt, gelangt die Untersuchung zu der Materie, deren Verständnis alles Vorausgehende vorbereiten soll. Nach meiner Meinung beruht der englische kriminelle Parteiprozeß auf angelsächsischen Grundlagen. Nebeneinander wird unterschieden: ein Beweis von Kläger und Beklagten mit freigewählten Eideshelfern und einer mit ernannten Eideshelfern, die gelegentlich für die einzelnen Hiden einer Zehntschaft oder gewöhnlich für die einzelnen Zehntschaften einer Hundertschaft amtlich ausgewählt sind. Alles spricht dafür, daß die zweite, schwerere Form ursprünglich da einsetzt, wo der Kläger einen Klagebeweis erbracht hat. Auch die amtlich bestellten Eideshelfer schwören mit der Partei, für die sie bestellt sind, wenn sie derselben recht geben. Es ist sehr wohl möglich, wenn auch nicht bezeugt, daß diese ernannten Eideshelfer, wenn sie nicht für diese Partei aussagen können, ihre abweichende Überzeugung eidlich darlegen, sich also auf Seite des Gegners schlagen müssen. Diese Form gilt nach meiner Meinung noch für die Rechtbücher aus der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts sowie im schottischen Recht und hat sich in den so wichtigen Stadtrechten bis an das Ende des 13. Jahrhunderts gehalten. Dagegen wird seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts im comitatus die Klage, wiederum unter der Voraussetzung eines Klagebeweises, von 12 für den Kläger ernannten iuratores beurteilt, wogegen sich der Beklagte auf 24 solcher iuratores berufen kann. Diesmal ist es unmittelbar deutlich, daß diese iuratores zugunsten der einen wie der anderen Partei auf ihren Eid aussagen, und daß deren Aussage jetzt von der Aussage der Partei formell abgelöst ist. Ich halte beide Formen für das gleiche und nehme an, daß lediglich die materiell ganz bedeutungslose Ablösung der Aussage der iuratores von der Aussage der Partei etwas Späteres ist. Bis in die zufälligsten Einzelheiten hinein — der Auswahl der 12 bestellten Eideshelfer im Angelsächsischen aus 60 Hidenbesitzern der Hundertschaft und der Geschworenen-

panel des 15. Jahrhunderts, das 59 Namen (60 ist die Partei) enthält — geht die Gleichheit; und das ist für mich entscheidend. Liest man v. Amira (S. 537) allein, so hat man aber den Eindruck, ich hätte all das am Ende damit zu erweisen gesucht, daß — was übrigens quellenmäßig ist (G. u. I. S. 139 N. 36) — die Reinigung mit den bestellten Eideshelfern als eine Reinigung mit dem Verband gefaßt wird, aus dem sie bestellt sind, oder damit, daß in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts amtlich ernannte Eideshelfer in London als iuratores bezeichnet werden. Aber freilich bedeutungslos ist letztere sehr gelegentliche Beobachtung immerhin doch nicht. Denn damals ist juratus allerdings schon ganz technisch für die Geschworenen gebraucht.

Ein erheblicher Teil des Widerspruchs von Amira — so in bezug auf Auslegung der leges Henrici — geht nun auf den immer wiederkehrenden Gegensatz hinaus, daß ich die ernannten Eideshelfer für Geschworene, v. Amira dieselben als etwas anderes als Geschworene ansieht. Darauf soll ja am Ende eingegangen werden, und so kann dieser Streit hier ausgesetzt bleiben. Immerhin sehe ich mit Befriedigung, daß auch v. Amira die Ernennung von Eideshelfern durch den Richter annimmt. Aber wenn er nun behauptet (S. 537): »Nach dem deutlichen Wortlaut der Eide erklären die vom Richter Ernannten, nicht aus eigenem Wissen zu schwören«, und daraus einen Gegensatz zu den iuratores vom ausgehenden 12. Jahrhundert abzuleiten scheint, so kann er lediglich an Swerian c. 6 denken, wo derjenige, der bei der Partei »steht«, schwört: on þone drihten, se að is claene and unmaene, ðe N. swor. Allein wenn das überhaupt auf amtlich bestellte und nicht auf die ebenfalls vorkommenden freigewählten Eideshelfer geht, was man in keiner Weise entscheiden kann, bedeutet es für unsere Frage nichts; denn geradeso schwört die westgotische naemd, die ein waeriae aellaer faellae der Partei normiert, daß der Eid der Partei reen ok eig men sei und schwört nicht mit, begründet diese Überzeugung nicht (Vest.g.l. II. add. 12 § 1).

Im einzelnen verwirft er meine Auslegung von Eadweard I, § 3, 4 und Aeþelst. II, 9. Der Streit gipfelt in der Auslegung von buton þam rimaðe in Aeþelst. II, 9. Nach m. M. heißt das »abgesehen von dem Reimeid«, was dann der Eid der 6 (4) oder 10 (8) nominati (außer den 2 Zeugen) ist. Nach v. Amira (S. 538), der hier Liebermann folgt, heißt das: »ohne Reimeid«. Nun beweist in der Sache das Wort buton weder für mich noch für meinen Gegner. Denn zunächst heißt es (Bosworth h. v. — dagegen Liebermann W.B. h. v.) geradeso oft »abgesehen von« wie »ohne«; vor allem aber ist eigentlich gar kein Gegensatz zwischen diesen beiden Begriffen: beidemal handelt es sich um ein Absehen von einer Sache, im einen Fall, weil sie nicht da ist, im anderen, weil sie als nicht vorhanden vorgestellt wird. Die beiden Beziehungen fließen ineinander über. Anders ist es mit dem þaem. Es ist kein Zufall, wenn Liebermann übersetzt »ohne Eid durch Gesamtheit«. Denn noch im modernen Deutsch könnte v. Amiras Gedanke nur mit »ohne Eid« oder »ohne einen Eid« ausgedrückt werden. Noch im modernen

Deutschen würde das »ohne den Eid« auf einen früher genannten oder angedeuteten Eid hinweisen, und das gilt erst recht im Angelsächsischen, wo das se, seo, þaet noch eine starke demonstrative Bedeutung hat (Liebermann W.B. s. v. Artikel; Bosworth s. v. se).

b) Vielmehr in das einzelne geht v. Amira mit den Einwendungen, die den Offizialprozeß betreffen.

In derselben Zeit, wo eine Haftung des hundred pro placitis concelatis und damit ein Rügeverfahren erwähnt wird, reinigt sich in Kriminalsachen nach den l. Henrici der Bezichtigte auf eine Klage des Beamten mit 15, 18, 24 Eideshelfern, die ihm vom Beamten ernannt sind (l. Henrici 66 § 9, 10), und nach der allgemeinen Regel braucht der klagende Beamte einen Voreid, der die Hälfte der ernannten Eideshelfer des Beklagten betragen muß (l. Henr. 66 § 8 mit l. Wilh. 14 § 3: das Zitat G. u. I. S. 274 N. 46 ist verwirrt): so kommt in der Tat der Beamte zu seiner Klage nur, wenn er 7—9—12 Schwörende in das Feld führt. Dann besteht auch kein Widerspruch mit l. Edw. 38 § 2, § 3, vielmehr geht diese Stelle auf einen Klagebeweis des Beamten und auf einen Verteidigungsbeweis des Bezichtigten, nämlich auf eine Verteidigung durch Vertreter des comitatus (so G. u. I. S. 274; a. M. Amira S. 538). — Wenig später als diese englischen Nachrichten über eine amtliche Inquisition begegnet in dem schottischen Recht, also in der Form, die angelsächsisch und noch nicht wesentlich anglo-normannisch bestimmt ist, ein amtliches Einschreiten, das an die Aussage von 3—4 Rügezeugen gebunden ist; man kann dagegen durch Befragung eines höheren Verbandes aufkommen, nach der einen Nachricht durch Befragung von 3 seniores, nach der anderen durch Befragung von 3 baroniae; sonst muß man zum Ordal greifen. Wenn kurz vorher sich einer Offizialklage gegenüber der Bezichtigte mit 24 fideles de vicecomitatu verteidigt, so habe ich das dahin mit dem Vorigen vereinigt, daß die 3 seniores die Häupter der 3 baroniae und die Führer der 24 Leute sind. v. Amira tadelt nun an der Heranziehung des schottischen Rechtes folgendes: »Die englische Jury soll doch nach M. zu prüfen haben, ob das Klagezeugnis ausreicht, um den Beklagten zum Ordal zu treiben; die schottische dagegen prüft, ob es ausreicht, den Beklagten das Recht zum Ordal zu nehmen.« Damit ist zunächst einmal der Offizialprozeß, von dem hier die Rede ist, mit dem kriminellen Parteiprozeß verwechselt, für welchen allein ich den Geschworenen oder amtlich bestellten Eideshelfern eine Prüfung oder Bestärkung des Klagezeugnisses bzw. eine Verwerfung desselben zugeschrieben habe. Dann aber übersieht er, daß die englische und schottische Form des Offizialprozesses sich durchaus nicht widerspricht. Denn die schottischen Angaben schildern das Rügezeugnis und die Aussage von ernannten Personen, welche zugunsten des Bezichtigten dieses Rügezeugnis bricht und dadurch vom Ordal befreit; ebenso steht im Englischen des beginnenden 12. Jahrhunderts — wie später — der mit Genannten besetzte Klageeid des Beamten einem stärkeren mit Genannten besetzten Verteidigungseid des Beklagten gegenüber. Die Dinge sind in der Tat — von äußerlichen Zufälligkeiten abgesehen — gleich. — Wenn nun aber sowohl das englische

Recht der ersten Normannenzeit wie das schottische die gleiche Gestaltung des Offizialprozesses aufweist und mit dieser wieder der spätere Offizialprozeß (per indictamentum) stimmt, so nötigt schon das zum Schluß, daß die Wurzel solcher Einrichtungen angelsächsisch und nicht normannisch ist. — Allein das läßt sich auch unmittelbar beweisen. Denn die leta, leita des Domesdaybook, die leð der l. Edwardi ist mit dem etwas später breit zu verfolgenden court leet, d. h. dem Rügegericht, das dreimal im Jahr gehalten wird, identisch. Mit leta, leet aber ist die noch in die angelsächsische Zeit reichende motlaeðu gleichbedeutend, die wieder dreimal im Jahr als Vollgericht stattfindet und ihrem Namen nach eine Rügung (althochdeutsch leida = Klage und das alamannische »leiden«) auf einem mot bedeutet. v. Amira (S. 539) will das zunächst damit beseitigen, daß er es »allen Gesetzen der Komposition widerstreiten läßt, wenn laeðu als attributive Bestimmung zu mot fungierte«. Aber damit legt er mir wieder etwas unter, was ich nicht gesagt habe und auch nicht meine. Ich habe mich über die Komposition motlaeðu überhaupt nicht ausgesprochen, fasse sie aber geradeso wie die anderen Kompositionen mit mot (z. B. motbell, motgerefa, mothus, motstow): es ist eine laeðu auf dem mot. Will aber v. Amira jene Gleichungen wegräumen dadurch, daß er sie als lautlich unwahrscheinlich bezeichnet, so dürfte sich das Argument gegen ihn kehren. Denn sachlich ist kein Zweifel an der Identität von leð, let, letu, leita am Ende des 11. und im 12. Jahrhundert; das e ist, wie sonst oft durch den französierenden Schreiber, in ei, das ð oder d in t (freðo, fredus, fretus) verwandelt. Es ist ferner leðu des Frühenglischen soviel wie laeðu des Angelsächsischen; denn der Übergang von ae in e ist allgemein. Endlich aber ist laeðu ein Frequentativ von lað (Leid, iniuria usw.), ursprünglich *laiðido, *lāðiðo, woraus laeððu, das als solches — in der Bedeutung Verunrechtung, Haß — ja wiederholt vorkommt (Bosworth h. v.); laeðu ist lediglich eine andere Schreibung, wie denn noch im Frühenglischen in der Tat laeðe, leþe, leððe nebeneinander sich findet (Stratman-Bradley, Middle-english dictionary S. 387 s. v. laððe). Also gerade die historische Grammatik zwingt in der motlaeðu, welche dann in das Angelsächsische hinüberführt, ein Rügegericht zu sehen. — Geht man weiter hinauf, so habe ich Aeþelred III, 3 § 1, wie Liebermann und auch Steenstrup, aber mit anderer Begründung, als einen sicheren Beleg für normannisches Rügeverfahren behandelt. v. Amira sucht aber nach dem Vorgang von Steenstrup und Liebermann die Stelle dadurch unschädlich zu machen, daß Aeþelred III wesentlich skandinavisch beeinflußt und deshalb als Beweismittel nicht verwendbar sei. Zunächst staunt man ein wenig, daß der gleiche Gelehrte, der, solange es sich um nordisches Recht handelt, sehr skeptisch gegen ein amtliches Rügeverfahren ist, ein solches nun auf einmal für die Auslegung des angelsächsischen Rechtes verwenden will. Dann aber fragt sich, ob seine Gewährsleute irgend etwas bewiesen haben. Steenstrup, Normannerne IV, S. 71, S. 209 ff., der die Geschworenen und Ernannten mit den Urteilsfindern zusammenwirft, hat einfach gar nichts für den skandinavischen Ursprung bewiesen, sondern denselben nur behauptet. Denn daraus, daß das

Gesetz (1 § 2) für die mittleren und nördlichen Landschaften erlassen ist, folgt doch der dänische Einfluß noch nicht. Liebermann aber stellt im Glossar s. v. Geschworene 1 sofort gleich zwei Ableitungen des in Aeþelred III, 3 § 1 bezeugten Verfahrens auf — behauptet entweder dänischen Ursprung oder Beeinflussung durch die Rügegeschworenen am fränkischen Sendgericht (!) — nur angelsächsisch darf die Sache nicht sein. Denn das Aeþelr. III enthalte auch Skandinavisches; es ist das ja ein besonders einleuchtendes Argument für die angebliche Herleitung dieses weltlichen Verfahrens aus dem geistlichen Sendprozeß des Fränkischen. Aber daß skandinavisches Geld in Aeþelred III verwendet wird, bedeutet so wenig, als es etwa die friesischen Rechtsquellen fränkisch macht, daß sie die französisch-flandrischen grossi zugrunde legen. Das wapentake, das man herkömmlich anführt, ist das Gegenteil eines Beweises; denn nirgends im skandinavischen Bereich heißt ein Gericht wapentake. Die angeblich skandinavischen Worte aber mögen zum Teil selber nichts anderes als anglische im Gegensatz zum Sächsischen sein — man denke an das sacleas — und jedenfalls beweist eine ja auch sonst bezeugte Färbung des Mittel- und Nordenglischen durch skandinavische Worte gar nichts für einen Einfluß auf das Recht. Wie angelsächsisch aber gerade c. 3 § 1, § 2 ist, kann man aus der Verwendung des in seiner besonderen Begrenzung dem Nordischen unbekannten Begriffes tihtbysig erkennen. — Daran reiht sich aber, daß sich eben schon vorher Belege finden: einmal Eadmund III 1, wo in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verfolgung der Diebe es als eine Folge der allgemeinen, auf Eid beruhenden Untertanentreue hingestellt wird, daß keiner an den Freund mehr als an den Feind hoc concelet; das hoc weist wohl auf die im Folgenden weiterbehandelte Diebesverfolgung hin. — Dann aber kommt Aelfred 22 in Betracht. Nach meiner Meinung ist darin von keiner Klage, sondern von einer Strafanzeige bei einem Beamten die Rede, und das würde dann natürlich ein amtliches Ermittelungsverfahren voraussetzen. v. Amira S. 539 deutet dagegen die Stelle auf die Zurückziehung einer Strafklage und beruft sich auf K. Maurer, Kritische Überschau V S. 232, der aber das gerade Gegenteil sagt (»ein Damnifikat hat öffentlich dem Beamten eine Denunziation gemacht und will später von dieser wieder zurücktreten«). Maurer faßt also die Stelle wie ich. Ich habe meine Ansicht damit begründet, daß nirgends im germanischen Recht der Kläger sich der Prozeßstrafe (natürlich der an den Gegner) für eine grundlose Klage dadurch entziehen konnte, daß er nachträglich gegen den wahren Schuldigen klagt. v. Amira hält das für »ein Argument, dem man das Lob der Eigentümlichkeit nicht versagen kann«. Nun schildert die Stelle die Nachteile offenbar erschöpfend, welche denjenigen treffen, der dem gerefa nach der einen Lesart ein Verbrechen (eofot) überhaupt, nach der anderen einen Diebstahl mitteilt (geyppe) und von der weiteren Verfolgung absteht. Diese Nachteile sind 1. eine wite an den Staat, wie sie ja auch bei vergeblicher Klage (Aeþelst. II, 11), aber nicht notwendig, nur hierbei verfällt, 2. der Verlust des angild. Letzteres ist nicht eine Entschädigung, die (so Liebermann III, S. 56) vom Bezichtigten gezahlt

werden kann — denn, daß der Kläger vom Beklagten, der nicht unterlegen ist, nichts bekommt, kann man nicht mit ðolian ausdrücken. Vielmehr muß es sich um ein angild handeln, das der Verfolger des Deliktes sonst anderswoher erhält, und da ist dann an die Vergütung der gestohlenen Sache zu denken, die nach Aeþelst. VI, 2 der Bestohlene von dem öffentlichen Verband empfängt, so daß ich gegen Liebermann in Aelfred 22 die Lesung þeofðe und nicht eofot für richtig halte. Jedenfalls aber ist in Aelfred 22 nichts gesagt davon, daß der Verfolger auch den Klageeinsatz verliert, den er mindestens gerade bei Geltendmachung des Diebstahls dem Gegner geben müßte (Liebermann, Glossar s. v. Prozessualpfand 8), und daß er umgekehrt ein wadium herausgeben müßte, das ihm (Liebermann I S. 394 c. 1) der Beklagte gestellt hat. Gewiß ist es aber vollständig unmöglich, daß ein Kläger um diese an den Gegner zu leistenden Prozeßstrafen dadurch herumkommt, daß er einen anderen verklagt. Ist nun in Aelfred 22 nichts von den Prozeßstrafen zwischen den Parteien gesagt, so kann sich das nur dadurch erklären, daß kein Prozeß, sondern eine bloße Anzeige an die Obrigkeit vorliegt. Das habe ich — kürzer natürlich — in meinem Buch gesagt, und v. Amira hat das Argument »einfach« nicht »verstanden«.

In dem letzten Verlauf meiner Untersuchung bin ich auf die Frage eingegangen (S. 293 f.), ob das amtliche Verfahren bei handhafter Tötung, wie es dem Institut der coronatores seit 1190 zugrunde liegt, lediglich eine Neubildung ist oder auf älteres englisches Verfahren zurückgeht. Ich habe mich in letzterem Sinn entschieden, weil schon Glanvilla (zwischen 1187—1190) ein amtliches Einschreiten bei handhafter Tötung kennt. Was macht nun v. Amira daraus? Er sagt: »Einen unmittelbaren Beweis (für angelsächsisches Offizialverfahren) hat der Verfasser nicht. In Ermangelung eines solchen muß S. 294 einen Wahrscheinlichkeitsgrund schaffen, daß überall im germanischen Recht bei der frischen und notorischen Tat von Amts wegen vorgegangen wird« und S. 294 das »entscheidende Gewicht« auf eine Stelle bei Glanvilla [!] fallen, wo »ein auf handhafter Tötung Ergriffener durch jurata patriae überführt« wird. Bleibt hier das Zeitverhältnis der Quelle dem Verfasser gänzlich gleichgültig« usw. Das nenne ich frei mit dem umgesprungen, was der Gegner behauptet! Flüchtig lesend verwechselt v. Amira das Offizialeinschreiten überhaupt mit dem Einschreiten bei handhafter Tat. Er sieht weiter nicht, daß es sich zunächst nur um die Frage handelt, ob das ältere englische Recht, genauer das vor 1190, ein Offizialverfahren gegen handhafte Tötung kennt oder die Sache nicht erst hinterher mit dem vielleicht südfranzösischen Institut der coronatores entstanden ist. Das und nur das habe ich mit genauester Berechnung der Zeitverhältnisse aus dem vor 1190 schreibenden Glanvilla beantwortet. Besteht aber einmal im älteren englischen Recht des 12. Jahrhunderts ein amtliches Verfahren bei handhafter Tat, so ist der Schluß, auf den weiter nichts aufgebaut worden ist, naheliegend, daß ein solches Verfahren schon »von jeher«, also schon etwas mehr als 100 Jahre früher, und so bereits bei den Angelsachsen be-

standen hat, wo sich in der Tat (Liebermann s. v. Handhaft 11) von jeher so etwas findet. — So bin ich allerdings sehr wohl berechtigt, die genaue Zeitenfolge der Belege bei der Frage nach der Entstehung der magna assisa zugrunde zu legen; denn davon handeln die von v. Amira angezogenen S. 359—364. Soll Brunner S. 295 ff. auf dieses Argument geantwortet haben, so übersieht v. Amira, daß von diesem über die Zeitverhältnisse der petitorischen magna assisa dort gar nichts gesagt ist, sondern nur über die der possessorischen Assisen. Was dann nicht nur ich, sondern schon Maitland und Haskins gegen Brunners Zeitbestimmung, die die wichtigsten Nachrichten, die in der Piperolls, außer acht läßt und die normannischen Belege falsch einschätzt, zu sagen haben, steht bei mir nicht S. 359—364, wie v. Amira angibt, sondern S. 366; Brunner hat sich — naturgemäß — über diese Argumente nirgends geäußert.

III.

So ist von all den Einzelangriffen Amiras nicht einer geglückt — von der einen, wenig wichtigen Verlesung der götischen tryggiae mannae in þryggiae mannae abgesehen —; vielmehr sind v. Amira selber eine erhebliche Zahl von Mißverständnissen untergelaufen.

Geht man nun auf die allgemeineren Gegensätze über, so mag das, was über Systematik oder über den im Buch verwendeten Begriff des Offizialverfahrens, der übrigens ganz der von Amira S. 531 beliebten Definition (»Einleitung oder doch mindestens Vorwärtsbewegung des Verfahrens von Amts wegen«) entspricht, gesagt ist, auf sich beruhen. Denn in diesen Dingen gibt es eben keine Regeln, die allgemeingültig wären.

Schon näher an das, was hier noch besprochen werden muß, führen v. Amiras (S. 530) Bemerkungen über Ordal und Folter. Daß v. Amira, der in kühnster Kombination ohne jeden Anhalt in den Nachrichten orientalischen Ursprungs des Gottesurteils (im engeren Sinn) behauptet, nicht »ohne Erstaunen« lesen mag, was über die Beziehung des Ordals zur Folter gesagt wird (G. u. I. S. 208 ff.), ist ja subjektiv wohl verständlich. Andere werden vielleicht doch überlegen, daß gewisse Formen des Ordals in ihrer Wirkung der Folter sehr nahe kommen, etwa dem Anbrennen von Hand-, Fußflächen oder Achselhöhlen, und daß der Personenkreis, gegen den Folter und Ordal verwandt wird, weithin der gleiche — der der Gewohnheitsverbrecher — ist. Sie werden weiter beachten, daß schon die l. Visig. VI, 1, 3 ganz eigenartig caldaria und quaestio zusammenstellt, und daß in der entscheidenden Zeit die coutume de Bretagne c. 101 jous und gehine unmittelbar kontaminiert (G. u. I. S. 89, S. 205 N. 18). Dann wird ihm ein teilweises Zusammenwachsen des germanischen Gottesurteils und der jedenfalls weithin römischen Folter nicht mehr so »erstaunlich« vorkommen.

Allein das Wichtigste, worüber noch geredet werden muß, ist die allgemeine Konstruktion des Beweisrechtes, das im Geschworenenbeweis zur Anwendung kommt. Nach meiner Auffassung handelt es sich ja allemal darum, daß von Amts wegen oder — im Parteiprozeß — auch

durch Übereinstimmung der beiden Parteien angesehene, unparteiische Personen aufgestellt werden, die einmal über Besitzverhältnisse oder sonstige dem Verband bekannte privatrechtliche Verhältnisse aussagen, oder die Ächter, schädliche Leute und einzelne, den Staat interessierende Delikte anzeigen, oder die im kriminellen Parteiprozeß der meisten skandinavischen, der ostgermanischen und friesischen Rechte ein Klagezeugnis dadurch stützen, daß sie es mit der allgemeinen Meinung konfrontieren, dann aber dem Beklagten jedenfalls das Recht der gewöhnlichen Reinigung nehmen und ihn zum Ordal treiben. Im englischen Recht tritt diese Folge erst ein, wenn sowohl der Voreid mit solchen amtlich ernannten Eideshelfern wie die Verteidigung des Beklagten mit amtlich ernannten Eideshelfern zuungunsten des Beklagten ausgefallen ist.

Hier setzt nun der prinzipielle Widerspruch v. Amiras ein, der alle seine Ausführungen durchzieht, und mit dem ich mich selber allgemein auseinandersetzen muß. Für v. Amira ist es mindestens eine Vergewaltigung der Sprache, eigentlich aber ein Verstoß gegen die Logik, wenn ich obrigkeitlich (oder von beiden Parteien) ernannte Eideshelfer als Geschworene fasse. Ihm läuft eine scharfe Grenze zwischen Eideshelfern und Geschworenen. Allein hier ist zweierlei miteinander vermengt.

Auf der einen Seite kommt es sehr häufig vor, daß — um den kurzen Ausdruck beizubehalten — Geschworene genau so mit der Partei schwören wie freigewählte Eideshelfer: so schwören die Ernannten des seeländischen Rechtes, die eine Übergangsform sind, bald mit dem Kläger, bald mit dem Beklagten (G. u. I. S. 40 f.); so die Ernannten des schwedischen Rechtes, die sich (G. u. I. S. 86 N. 33) lediglich der Aussage der Eideshelfer der einen Partei anschließen; so die Ernannten des götischen Rechtes, die nicht mehr erklären (oben S. 373, 881) wie die Eideshelfer. Als Eideshelfer in diesem Sinn sind dann auch wohl das nemede des Dithmarsischen, der Bezirksvorstand, der ein hlia vornimmt, und die dazu bestellten Bauern im Friesischen und sicher der vom Richter bestellte Eideshelferbeweis im Angelsächsischen und Englischen zu fassen. Demgegenüber kommen dann Formen vor, in denen die Unparteiischen sich ohne formellen Zusammenhang über die Parteibehauptungen, ähnlich wie ein Gericht, erklären, und so ist es jedenfalls mit dem isländischen kviðr, während der norwegische heimiliskviðr zuletzt mit dem Reinigungsbeweis verbunden wird und so mit dem Geschworenenbeweis des späteren englischen Rechtes. So ist es später im gesamten schwedischen Recht, wo nach dem Landrecht König Christofs die naemd ein dauerndes Kollegium geworden ist, das nun als solches entscheidet, so daß schließlich die Frage nahelag, ob es sich hier nicht um ein Schöffengericht handelt (darüber Schlyter, Juridiska Afhandlinger I S. 209 ff.). Auch die Geschworenen des jütischen Rechtes, das ja dann allmählich im ganzen Königreich zur Geltung kam, scheinen bereits in ihrer ersten, uns erkennbaren Form für sich allein ebenso selbständig ausgesagt zu haben. Das schwedische Recht beweist, wie unmerklich die eine Form

der selbständigen Erklärung aus der Form des Mitschwörens herauswachsen kann, ohne daß damit irgendeine Veränderung im Institut sich ergibt, und wie recht ich habe (dagegen v. Amira S. 530), das auch für das englische Recht anzunehmen. Je mehr das Geschworenenkolleg in eine Behörde hinübergeht, oder je vornehmer die Geschworenen sind, so daß ein Schwören mit der Partei für sie nicht mehr anständig ist, je mehr wird die Ablösung eingetreten sein. In England ist wohl die erste Spur des expurgari iudicio comitatus in l. Edw. 36 § 3, was mit dem Verdikt der 24 milites des comitatus im Offizialverfahren (G. u. I. S. 269) identisch sein wird, und mit dem Worte judicio eben auf eine von der Parteierklärung losgelöste Entscheidung hinweist: es ist sehr natürlich, daß die vornehmen 24 (12) milites des comitatus nicht mehr mit jeder Partei zusammen schwören mögen, und vielleicht liegt darin die sprachliche Erklärung für die von dieser magna assisa mit milites unterschiedene jurata; iurata scheint eben die Form der Erklärung, bei der das Mitschwören noch länger in Gebrauch geblieben ist; assisa dagegen ist allenthalben der Beschluß einer Versammlung eines Kollegs, also das indicium der l. Edwardi.

Die zweite Frage aber, die mit dem Bisherigen direkt nichts zu tun hat, ist die der Bestellung. v. Amira faßt seinen Widerspruch, der den roten Faden durch seinen ganzen Aufsatz bildet, in den Satz zusammen (S. 539): »Ernannte Eideshelfer — zur Aussage verpflichtet. Eine in der Tat seltsame, um nicht zu sagen widersinnige Einrichtung, für die, um mit dem Verfasser selbst zu reden, auch nicht der Schein eines Beweises geliefert ist«. Was will v. Amira damit sagen? Daß in einer großen Zahl von Rechten mit Leuten bewiesen wird, die durch den Willen beider Parteien zusammen oder obrigkeitlich ernannt sind, daß eine naenfd, ein nemede usw. besteht, das kann ja natürlich nicht bestritten werden, und das will v. Amira auch nicht bestreiten. Ebensowenig läßt sich leugnen, daß diese Leute zur Aussage verpflichtet sind: das versteht sich überall da von selbst, wo aus ihnen ein besonderes ad hoc oder für immer bestelltes Geschworenenkolleg geworden ist; aber das schwedische Recht zeigt (G. u. I. S. 85 N. 29), daß auch da, wo der Ernannte noch lediglich mit der Partei schwört, eine solche Verpflichtung besteht. Von den Fällen der amtlichen Ermittelung, die ja jetzt nicht in Frage steht und bei der die gleiche Erscheinung breit hervortritt, sehe ich ab. So bleibt als Sinn von v. Amiras Widerspruch nur übrig, daß er solche Personen nicht als Eideshelfer bezeichnet haben will, und das folgt auch aus S. 529 ff.; er glaubt eben an einen prinzipiellen Gegensatz zwischen Eideshelfern und Geschworenen, wie ihn die Schulen, aber nicht die Quellen aufgestellt haben. Das ist nun natürlich, daß der freigewählte Eideshelfer nicht zur Aussage verpflichtet ist, und seinen Dissens mit dem Beweisführer einfach darin zum Ausdruck bringt, daß er nicht schwört. Gleiches gilt auch noch bei den Eideshelfern, die aus der Familie genommen werden, mag irgendwelches Rekusationsrecht des Klägers — eine nominatio in diesem Sinn, die mit dem Geschworeneninstitut dann gar nichts zu tun hat (anders wohl v. Amira S. 529) — eingreifen oder eine geset-

liche Ordnung für die Auswahl bestehen oder der Beweisführer frei wählen können. Anders ist dagegen es bei den vom Beweisführer nicht einseitig oder gar bei den amtlich bestellten Auskunftspersonen. Es wäre ja theoretisch auch hier möglich, daß man solche Leute nur der einen Partei beiordnete und diese so ihre Übereinstimmung mit dieser Partei dadurch zum Ausdruck brächten, daß sie mit derselben schwören, ihren Widerspruch dagegen damit bezeugten, daß sie dieselbe im Stich ließen und sich rein passiv verhielten. Aber sofort ergibt sich, daß dann mit einer ungleichmäßigen Gewissensbelastung gearbeitet würde: denn wollen solche Ernannte wirklich für die Partei einstehen, so müssen sie das auf ihren Eid nehmen; wollen sie sich gegen die Partei erklären, so brauchen sie sich rein passiv zu verhalten, ohne mit einer Eidespflicht in Konflikt zu kommen; dadurch aber wird der Sinn der Ernennung vereitelt; ihrer Aussagepflicht könnten sich die Ernannten — zum Nachteil des Beklagten — noch immer durch rein passives Verhalten entziehen. Deshalb ist zu erkennen, daß in den meisten Fällen die Ernannten deutlich entweder für die eine oder die andere Partei aussagen und man gar keinen Fall nachzuweisen vermag, daß sie ihre Pflicht schon durch rein passives Verhalten erfüllen könnten, wie die freigewählten Eideshelfer. Sie tun das da, wo sie noch als Eideshelfer fungieren — also im Schwedischen, im Götischen, Dithmarsischen, Friesischen und auch im Seeländisch-Dänischen, was eine Übergangsform ist —, und natürlich erst recht da, wo ihre Aussage sich von der Parteiaussage abgelöst hat und sie ein selbständiges Kolleg geworden sind, deutlich z. B. beim isländischen kviðr. v. Amiras Widerspruch aber richtet sich nur gegen die Annahme, daß ein ernannter Eideshelfer nur mit einer Partei, und zwar, wie ich das verstehe, sogar unter allen Umständen schwören muß; das erstere wäre noch theoretisch denkbar, wenn auch, wie gesagt, immerhin ein hinkendes Beweismittel; das zweite wäre in der Tat vollendeter Unsinn. Keins von beiden ist von mir behauptet worden, sondern immer wieder habe ich darauf hingewiesen, daß die Ernannten je nach ihrer Überzeugung mit der einen oder anderen Partei schwören müssen, und v. Amira rennt hier lediglich offene Türen ein. Auch da, wo die Form nicht unmittelbar bezeugt ist, wie bei den englischen Ernannten vor der Ablösung der assisa oder iurata vom Parteieid, hindert nichts, diese aus der Natur der Sache und dem Beispiel der anderen Rechte geforderte Form anzunehmen. Für den englischen Offizialprozeß, auf den v. Amiras Angriff (S. 539) sich vor allem bezieht, ist die Sache unmittelbar nachweisbar: denn Aeþelr. III, 3 § 1 zeigt, daß die dort aufgestellten Rügezeugen schwören mußten, niemand zu verhehlen; so mußten sie eine positive Erklärung abgeben und durften sich nicht nur passiv verhalten.

Amira (S. 530) legt endlich Wert auf die Form der Geschworenenaussagen, wie das ja seit langem der nach m. M. ganz ergebnislose Weg der Forschung war. Nun ist es hier zunächst gewiß, daß man die verschiedene Anwendung des Geschworenenbeweises unterscheiden muß: wo der Beweis als das organisierte Zeugnis eines Gemeinde- und Gerichtsverbandes über zivilrechtliche Verhältnisse oder über Vor-

gänge in der Versammlung zu fassen ist, wird natürlich die Aussage wieder anders lauten als da, wo im Offizialverfahren ausdrücklich nur nach dem Vorhandensein eines Gerüchts gefragt wird, oder wo im kriminellen Parteiprozeß die Geschworenen das Klagezeugnis bestätigen, weil es eben der öffentlichen Meinung entspricht. Der übrigens sehr fließende und erst spät durch die Theorie ausgebildete englische Gegensatz der Erklärung der Geschworenen ex scientia und ex credulitate geht auf diesen Gegensatz; im kriminellen Prozeß wird hier deutlich nur mit einem malecredere gearbeitet. Aber nach der gewöhnlichen Meinung soll eben darin ein Unterschied zwischen Geschworenen und Eideshelfern liegen, daß letztere lediglich in Bausch und Bogen den Eid der Partei für rein und nicht mein erklären (Brunner, RQ. I², S. 260), während die Geschworenen mindestens erklären müssen, daß sie aus ihrer Überzeugung, vielleicht ihrem Wissen heraus ihre Aussage abgeben. Aber schon Bisheriges hat gezeigt, daß z. B. im schwedischen und götischen Recht die naemd lediglich den Eid der Beweisführer als rein und nicht mein erklärt wie gewöhnliche Eideshelfer; umgekehrt aber schwören z. B. die ernannten Eideshelfer des Londoner Stadtrechts secundum conscientias et intelligentias suas (Bateson, Borough customs I, 39). Es ist also mit diesen Unterscheidungen um so weniger etwas anzufangen, als wir nur selten genauere Nachrichten über die Art, in der sich die Auskunftspersonen erklären, besitzen und die moderne Literatur hier weit bestimmter ist als die Quellen. Nur das wird man wohl sagen dürfen, daß überall da, wo sich die Aussage der Ernannten von der Parteiaussage abgelöst hat und selbständig geworden ist, von selber eine größere Breite in der Motivierung und so eine Betonung der persönlichen Überzeugung eingetreten sein muß.

Ich bin zu Ende gekommen und hoffe, das, was mein Gegner vorgebracht hat, widerlegt zu haben. Mindestens wird man aus meiner Darlegung den Eindruck bekommen haben, daß meine Lehre nicht das von Amira behauptete System willkürlicher Kombinationen ist. Freilich widerstreitet sie den beiden einflußreichen Auffassungen, welche im englischen Geschworenengericht normannische Einfuhr sehen, das normannische Recht aber entweder auf das skandinavische oder das fränkische zurückführen. Aber trifft nicht diese Theorien selber der Vorwurf willkürlichster Kombination? Denn den Beweis der normannischen Priorität hat weder Biener noch Brunner geliefert; daß ein erheblicher Teil der englischen Form dem normannischen Recht überhaupt fehlt, nämlich der Geschworenenbeweis im kriminellen Parteiprozeß, ist ebenso übergangen, wie daß die englischen Nachrichten über Geschworenenbeweis im Zivilprozeß älter als die normannischen sind. Brunner hat dann noch ohne jeden Anhalt behauptet, daß sich der Geschworenenbeweis im kriminellen Parteiprozeß aus dem zivilen Rekognitionenprozeß entwickelt habe. Seine angeblichen skandinavischen Grundlagen des normannischen Prozesses hat Biener niemals untersucht. Brunner aber hat den fränkischen Ursprung des angeblich normannischen Geschworenenbeweises behauptet, wiewohl das französische Recht einen solchen Geschworenenbeweis gar nicht kennt. — Trifft so wohl nicht

mich jener Vorwurf Amiras willkürlicher Kombination, so ist noch weniger das der aussichtsreiche Weg zur neuen Lösung des Problems, den v. Amira S. 542 vorschlägt. Der Unterschied des »ordentlichen und außerordentlichen Verfahrens« ist ja, soweit diese nicht quellenmäßige Unterscheidung von Bedeutung ist, von mir in dem Gegensatz des kriminellen Parteiprozesses und des Offizialprozesses zugrunde gelegt. Der Gegensatz zwischen Geschäfts- und Erfahrungszeugnis spielt für das ganze Gebiet der Verwendung von Geschworenen in Kriminalsachen überhaupt keine Rolle, und in Zivilsachen wird Geschäftszeugnis nur so weit in Betracht kommen, als der Geschworenenbeweis ein Zeugnis über gerichtliche Vorgänge ist. Die Vertragsnatur des Prozesses endlich ist gewiß in der modernen Literatur noch lange nicht genug untersucht, die lediglich vom Urteilserfüllungsgelöbnis des Beklagten ausgeht, die übrigen Prozeßgelöbnisse nicht kennt; aber auf die Lehre vom Geschworenenbeweis hat dieser Mangel gar keinen Einfluß.

Nur einen Vorwurf habe ich leider zuzugeben, nämlich das Mißgeschick, daß meine Bücher durch Druckfehler entstellt sind. Die Gründe, nämlich eine unverbesserlich gewordene Schrift, der Mangel an einem korrigierenden Gehilfen, den die Arbeitsgenossen an einer größeren Universität so leicht auftreiben, sind während des Druckes des Bandes durch schweres häusliches Leid in ihrer Wucht verstärkt worden, und es ist dadurch die ohnedies geringe Fähigkeit zu der ja mechanischen, aber so notwendigen Korrekturarbeit noch sehr erheblich herabgesetzt worden. Darin mag für den wohlwollenden Leser, der sich an die Sache hält, eine Erklärung des Mangels liegen, den ich selber am meisten bedauere.

Streitfragen aus der deutschen RStPO. unter Berücksichtigung der Reformentwürfe.

Praktische Beiträge als Versuch einer Fortsetzung der Kontroversen von Voitus.

Von Landrichter Dr. H. Voß, Hamburg.

(Vgl. Bd. 34, S. 243, Bd. 55, S. 199, Bd. 60, S. 187, Bd. 62, S. 88 und Bd. 63, S. 81.)

Nach der Reihenfolge des Gesetzes handelt es sich um folgende Beschwerdekategorien und -fälle.

1. Zeugen: Ladungsfehler nach §§ 48, 49; Unterlassung der Bestrafung des unentschuldigt ausbleibenden Zeugen, die Art der Bestrafung (§ 346 Abs. 2!), die Bestrafung trotz genügender Entschuldigung, die Aufrechterhaltung der Strafe trotz genügender nachträglicher Entschuldigung, § 50; Vernehmung von öffentlichen Beamten ohne Genehmigung der vorgesetzten Behörde, § 53; Beeidigung nach der Vernehmung ohne besondere Gründe, § 60; Verstöße gegen die Eidesformel, §§ 61—63; Nichtbeeidigung bei Vorhandensein der Voraussetzungen

des § 65 Abs. 2; Unterlassung der Bestrafung des Zeugnis oder Eid Verweigernden, § 69 Abs. 1, Abs. 3 und Ablehnung der Entschädigung, § 70, (cf. § 17 Abs. 3 der GebO. f. Z. u. S. vom 17. Mai 1898).

2. Sachverständige: Unterlassung der Namhaftmachung der ernannten Sachverständigen den Ablehnungsberechtigten gegenüber mangels besonderer Umstände, § 74; Vernehmung eines öffentlichen Beamten trotz Verbots der vorgesetzten Behörde, § 76 Abs. 2; Unterlassung der Bestrafung bei Ausbleiben oder Weigerung, § 77 (im übrigen gilt § 50!); Ablehnung der Entschädigung, § 84; Verstöße gegen die Protokollierungspflicht bei Augenscheinseinnahmen im allgemeinen, § 86 und gegen die Vorschriften, betr. Leichenobduktionen und -sektionen.

3. Beschlagnahmen: Unterlassung der förmlichen Beschlagnahme bei Protest des Gewahrsamsinhabers, § 94; Einforderung von Akten trotz erklärter Nachteiligkeit für Reich oder Bundesstaat bei Bekanntwerden des Inhalts, § 96; Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Angeschuldigten und seinen unverdächtigen Angehörigen bei diesen, § 97; Unterlassung der Bestätigung der B., § 98 Abs. 2; Zurückhaltung nicht eröffneter oder belangloser Sendungen, Unterdrückung belangloser Briefteile, § 101 Abs. 3; Durchsuchung bei unverdächtigen Personen oder bei verdächtigen Personen zu anderen als den erlaubten Zwecken, § 102; Durchsuchung bei Dritten contra legem, § 103; nächtliche Untersuchung außerhalb der gesetzlichen Grenzen, § 104; Durchsuchung unter Ablehnung der Anwesenheit des von der Durchsuchung Betroffenen oder erreichbarer Dritter, § 106; Unterlassung der schriftlichen Mitteilung vom Grunde der Durchsuchung und der Ausfertigung eines Verzeichnisses der in Beschlag genommenen Gegenstände bzw. einer Bescheinigung, daß nichts vorgefunden, trotz Verlangens des Betroffenen, § 107; Verbot der Siegelung der beschlagnahmten Papiere durch den Betroffenen und seiner Anwesenheit bei der Entsiegelung, § 110 Abs. 3; Unterlassung der Mitteilung der relevanten Papiere an die StA., § 110 Abs. 4.

4. Verhaftungen: Das generelle Beschwerderecht findet sich in diesem Abschnitt nur in § 114 Abs. 3 geregelt, wird dann aber ausdrücklich bestätigt in dem Abschnitt über die Beschwerde durch die Vorschrift des § 352. Es treten hier als Beschwerdegründe also nicht nur die formal verkehrten Verhaftungen (ohne schriftlichen Haftbefehl überhaupt oder ohne substantiierten Haftbefehl, ohne Gehör usw.) auf, sondern vor allen Dingen die sachlich unberechtigten Fälle angeordneter Untersuchungshaft. In dieser Richtung ist der UR. zweifellos nicht souverän: nach § 124, der Grundnorm für sein Verhaftungs- und Entlassungsrecht, kann der von ihm erlassene Haftbefehl auf Beschwerde sofort wieder aufgehoben werden (ein Fall, der bei ängstlichen Instanzen nicht selten ist, dann aber jedes Mal das Schicksal der Untersuchung besiegelt). Er selbst kann ihn nur mit Zustimmung der StA. aufheben, andernfalls muß er die Entscheidung der Strafkammer nachsuchen, die dann — was die Würdigung des Untersuchungsergebnisses betrifft — ähnliche Funktionen wie die Anklagekammer ausübt.

Anschließend ist als Beschwerdegrund zu erwähnen der Erlaß von Steckbriefen ohne Haftbefehl gegen andere Personen als Entwichene oder sich sonst der Bewachung Entziehende, § 131 Abs. 2.

Es verbleibt dann die vielbestrittene Vorschrift des § 116, bei der wir etwas länger verweilen müssen, da ein großer und wichtiger Teil der untersuchungsrichterlichen Tätigkeit von ihr umfaßt wird. In Literatur und Praxis herrschen über den Zweck und die Bedeutung dieser Vorschrift überhaupt wie über den Zusammenhang und das Verhältnis der einzelnen Bestimmungen zueinander eine erstaunliche Unklarheit und Verwirrung. Das ergibt folgendes Exzerpt:

A. 1. Stenglein unterscheidet in seinem Lehrbuch § 32, S. 152 zwischen regelmäßig wiederkehrenden Maßregeln in der Behandlung der Gefangenen, deren Bestimmung er der Gefängnishausordnung überweist, und den Verfügungen, die neben der Hausordnung notwendig werden, sowie den »besonderen Maßregeln«, die dem Richter zustehen. Anderseits lehrt er aber, daß der UR. während der VU. für alle während der Haft veranlaßten Verfügungen (also auch für die reguläre Behandlung der Gefangenen) zuständig sei.

In seinem Kommentar, S. 249, 250, lehrt er, der Zweck des § 116 sei, als Normativbestimmung den Gefängnisordnungen zugrunde gelegt zu werden. Verschieden von diesen das Maß der aufzuerlegenden Beschränkungen und die Sicherheit betreffenden Bestimmungen seien die Anordnungen zur Hintanhaltung von Einwirkungen auf die Untersuchung (schriftlicher und mündlicher Verkehr der Untersuchungsgefangenen nach außen). Darüber habe allein der die Verfolgung leitende Beamte zu verfügen. Abs. 5 habe aber hauptsächlich im Auge, daß der Richter darüber wachen solle, daß die Freiheitsentziehung keine härtere werde, als durch die Untersuchungszwecke und die Sicherheit geboten sei.

Gegen alle auf Grund des § 116 getroffenen Verfügungen soll Beschwerde zulässig sein.

Der erste Satz über die Zweckbestimmung des § 116 überhaupt ist bezüglich des Abs. 5 zweifellos unrichtig, denn hier wird gerade zwischen den richterlichen und den »von anderen Beamten«, also zum Beispiel den Gefängnisbeamten, getroffenen Verfügungen unterschieden. Unverständlich ist weiter, warum die Regelung des Verkehrs des Untersuchungsgefangenen mit der Außenwelt nicht unter die Gefangenenbehandlung, nicht unter die Beschränkungen des Abs. 2 fallen soll. Unersichtlich ist aber auch, woraus entgegengesetzten Falls bei der behaupteten ratio des § 116 die alleinige Verfügungsbefugnis des Richters gerechtfertigt werden soll. Die gegebene spezielle Zweckbestimmung des Abs. 5 wirft die allgemeine Zweckbestimmung wieder über den Haufen. Und nun noch die Zulassung der Beschwerde nach § 346 gegen alle Verfügungen, also auch die Verfügungen des Gefängnisdirektors nach Maßgabe der Hausordnung!

Hier geht sozusagen alles drunter und drüber! Aber hören wir weiter.

2. Auch Löwe (Kommentar, Note 1) führt aus, daß die Abs. 1, 3, 4, 5 (!) dem ursprünglichen Abs. 2 hinzugefügt worden seien, um hinsichtlich der Behandlung der UG. gewisse reichsrechtliche Normativ-

bestimmungen aufzustellen. Außerdem habe durch Abs. 5 zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß hinsichtlich der dem Verhafteten aufzuerlegenden Beschränkungen nicht ausschließlich das betreffende Reglement maßgebend, es vielmehr dem Richter gestattet sein solle, hinsichtlich einzelner Untersuchungsgefangenen abweichende Anordnungen zu treffen, gleichviel ob die Verwaltung des Gefängnisses dem Gericht oder einer anderen Behörde zustände. Diese Auslegung verstößt schon gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, denn der Abs. 5 bezieht sich (»nach Maßgabe vorstehender Bestimmungen«) nicht nur auf den Abs. 2 (Beschränkungen), sondern auch auf die Abs. 1, 3 und 4. Wodurch aber die Verfügungsbefugnis des Richters — sei es nur auf dem Gebiet des Abs. 2, sei es auch auf den anderen Gebieten — beschränkt sein soll, ist wiederum unerfindlich. Nach dem unmißverständlichen Wortlaut des Abs. 5 ist dem Richter nichts Besonderes »gestattet«, sondern er ist verpflichtet, die erforderlichen Verfügungen zu treffen.

Die Beschwerde läßt Löwe scheinbar nur bezüglich der Verfügungen aus Abs. 2 zu. Denn an anderer Stelle (Note 2a zum zweiten Abschnitt, Buch III) nimmt er die Beschwerden, die die Dienst- und Hausordnung in den Gefängnissen betreffen, von der Anwendung des § 346 aus.

3. Ullmann (Lehrb., S. 305), v. Kries (Lehrb., S. 322), Hellweg (Lehrb., S. 199) wiederholen nur den Text des Abs. 5; v. Kries mit dem Zusatz, daß leicht Kollisionen zwischen Richter und Gefängnisleitung entstehen könnten. Voitus (Kommentar, S. 157) hält solche fortdauernde Kollisionen sogar für unausbleiblich. Bennecke (Lehrb., S. 232) und Bennecke-Beling (Lehrb., S. 186) weisen auf die unglückliche Fassung der ganzen Vorschrift hin, besonders auf den der Praxis starke Schwierigkeiten bereitenden Abs. 4 (!).

4. Über das Verhältnis der richterlichen Verfügungsgewalt zur Gefängnishausordnung lassen sich näher aus:

a) Glaser (Handb. II, S. 301): Das Gefängnis bedarf einer einheitlichen Leitung und Aufsicht, während die individuellen Verfügungen bezüglich des bestimmten Verhafteten seinem Richter zukommen.

b) Keller (Komment., S. 113 f.): Es soll dem Richter, der den UG. Erleichterungen oder Bequemlichkeiten gestatten will, nicht die Hausordnung entgegengesetzt werden können. Praktisch wird die Beobachtung der Hausordnung die Regel, ein Abgehen davon die Ausnahme sein. Dabei wird sich der Richter auf der einen Seite fragen, ob diese Ausnahme mit der Ordnung im Gefängnis verträglich ist und die Sicherheit nicht gefährdet, auf der anderen Seite aber auch davon ausgehen, daß die in der Hausordnung enthaltenen Beschränkungen nicht über den Zweck der Haft hinausgehen dürfen.

c) v. Bomhard-Koller (Kommentar, S. 82) legt bezugnehmend auf die Motive das Hauptgewicht auf den Abs. 5, wonach die UG. unter der Aufsicht und dem Schutze des Richters stehen und dieser zunächst zu bestimmen habe, wie die Gefängnisordnung in bezug auf die UG. aufrecht zu halten und zu handhaben sei.

d) v. Schwarze (Kommentar, S. 251) zitiert ebenfalls die Motive



dafür, daß es dem billigen Ermessen des Richters überlassen bleiben müsse, ob und wie der Verkehr des Beschuldigten anderweit zu beschränken sei. Es sei aber anerkannt, daß nicht jedem einzelnen Richter völlig freie Entschließung über die Behandlung der Gefangenen eingeräumt habe werden sollen, daß es vielmehr unbedingt geboten sei, allgemeine Anordnungen zu treffen. Wenn auch die Kognition über die Behandlung des Verhafteten, insbesondere über den Umfang und die Zeitdauer der etwa gegen ihn nötigen Sicherungsmaßregeln dem Richter zustehe und nicht der Gefängnisverwaltung, so werde sich der Richter doch innerhalb der allgemeinen Vorschriften der GefO. zu halten haben.

e) Thilo (Kommentar, S. 117): Wenn der Richter auch sonst von Verwaltungsgeschäften entlastet werden soll, so glaubte man doch in betreff der UG. eine Ausnahme machen und dem Richter ein selbständiges und alleiniges Verfügungsrecht über die Fragen in Abs. 1—4 einräumen zu müssen.

Leitend muß für ihn der Grundsatz sein, daß die Untersuchungshaft nur die Person des Beschuldigten sichern und Kollisionen verhüten soll.

f) v. Holtzendorff (Handbuch I, S. 353 ff.) handelt am ausführlichsten über den § 116 und dringt auch am meisten in seine Bedeutung ein. Er meint, da das Gesetz unentschieden lasse, wer die allgemeinen Grundsätze der Ordnung der Untersuchungsgefängnisse zu regeln habe, wie weit die Verfügung der höchsten Verwaltungsbehörden gehe und wie diese von der Kompetenz der einzelnen Gefängnisdirektoren abgegrenzt werden solle, so bleibe dem administrativen Ermessen ein weiter Spielraum in der Bestimmung dessen, was als Ordnung zu gelten habe. Jedenfalls aber sei es der Richter, der über die Behandlungsweise der UG. auf Grundlage der für die Untersuchungsgefängnisse ergangenen allgemeinen Normen in jedem einzelnen Falle zu befinden habe usw.

Wo die Verwaltung der Untersuchungsgefängnisse nicht unmittelbar unter der Leitung der Gerichte stände, sei es selbstverständlich, daß der Verhaftete jede ihm ungesetzlich oder unbillig auferlegte Einschränkung sowohl mit der administrativen als auch mit der Rechtsbeschwerde des § 346 gegen den die Abhilfe verweigernden Richter verfolgen könne [16]).

g) Kolisch, Kommentar S. 294: Die Aufnahme des Absatz 5 ist erfolgt, um auszusprechen, daß das Ermessen des Richters selbst da das Maßgebende ist, wo die Verwaltung des Gefängnisses nicht dem betreffenden Gericht, sondern einer andern Behörde zusteht.

h) Rosenfeld, § 64 V: Die Vollstreckung der UH. regelt sich nach § 116 unter Berücksichtigung ihres Zweckes . . . Weitere Beschränkungen, Versagung von Bequemlichkeiten und Beschäftigungen können definitiv nur durch den Richter verfügt und nur durch die Rücksicht auf die Ordnung im Gefängnisse gerechtfertigt werden.

---

[16]) Für die Zulässigkeit beider Rechtsmittel nebeneinander und uneingeschränkt auch Geyer, Lehrb., S. 588.



Note 12: Also ist jedenfalls die konkrete paragraphierte Gefängnisordnung für den Richter nicht bindend.

i) Dohna, S. 128: Die Vollstreckung der UH. unterliegt den durch ihren Zweck bedingten Gesichtspunkten. Das Gesetz gibt in § 116 nur sehr spärliche Anweisungen, deren Ergänzung der Landesjustizverwaltung obliegt. Die erforderlichen Anordnungen trifft der Richter...

k) Ferdinand, S. 20, 21 führt den § 116 als einen der Fälle an, in denen es zweifelhaft ist, ob die Aufsichts- oder die Justizbeschwerde Platz zu greifen hat. Er geht von dem Beispiel aus, daß der Vorsitzende die Erlaubnis zur Beförderung eines Briefes oder zum Empfang eines Besuches versagt, und entscheidet sich entgegen dem OLG. München in Sammlung II, 33 für die Zulässigkeit der Prozeßbeschwerde, denn es handle sich unzweifelhaft um die Auferlegung einer Beschränkung nach § 116 Abs. 2. Darauf, ob die Gefängnisordnung ein Beschwerderecht vorsehe, könne es nicht ankommen, da sie höchstens die Normativbestimmungen des § 116 ergänzen, das prozessuale Beschwerderecht aber nicht ausschließen könne. Aufsichtsbeschwerde käme nur bei solchen Verfügungen in Betracht, die sich nicht unter § 116 subsumieren ließen. Zu demselben Resultat gelangt Ferdinand an anderer Stelle (S. 83, 84), wo er untersucht, ob unter die Entscheidungen des § 352 Abs. 1 auch die Verfügungen aus § 116 Abs. 5 fallen. Das Beschwerderecht davon anhängig zu machen, ob es in der betreffenden GefO. nachgelassen sei, führe zu unannehmbaren Konsequenzen. Die Versagung einer Briefbeförderung usw. könne eine gemäß § 116 Abs. 2 unzulässige Beschränkung sein, gegen die obergerichtliche Nachprüfung nicht verschlossen bleiben dürfe.

l) Aus dem Handbuch des Gefängniswesens von v. Holtzendorff und v. Jagemann (I, S. 464) interessiert der Satz: Die den Untersuchungsgefangenen aufzuerlegenden Beschränkungen regeln sich aus dem Grunde und dem Zweck der Verhaftung sowie aus dem Bedürfnis der notwendigen Verwaltungsordnung, wobei zu erwägen ist, daß der UR. eine in höherem Maße bestimmende Stellung einnimmt als der erkennende Richter gegenüber den Strafanstalten, daher die Verfügung über die Untersuchungsgefängnisse ihnen von Hause aus gebühren würde, solange nicht ein anderes gesetzlich bestimmt ist.

m) v. Holtzendorff in seinem Rechtslektion III, 3, S. 945: Der Richter hat die Ausführung der im Interesse des Verhafteten gegebenen reichsrechtlichen Normen zu überwachen, womit ihm gleichzeitig auch eine Kontrolle der zur Sicherung des Strafverfahrens notwendigen Verwaltungsvorschriften gegeben ist.

n) Delius, Gerichtliche Praxis in Strafsachen, S. 49: Über die Behandlung der Untersuchungsgefangenen bestimmen der § 116 und die §§ 91 ff. der Gefängnisordnung. Die nach Maßgabe dieser Bestimmungen erforderlichen Anordnungen hat der Richter zu treffen[16]).

[16]) Auffällig und zugleich charakteristisch ist, daß Ortloff in seiner Abhandlung über die Stellung des UR. im Strafverfahren, insbesondere zur Strafkammer, zur Kriminalpolizei usw. mit keinem Worte auf das Verhältnis zwischen UR. und Gefängnisverwaltung eingeht.



B. Aus der Gerichtspraxis sind nur wenige Entscheidungen in die Sammlungen übergegangen[17]). Sie betreffen den Umfang der richterlichen Briefkontrolle und die Frage der Einbeziehung der Verhängung von Disziplinarstrafen, berühren aber die Zulässigkeit der Beschwerde mit Ausnahme einer Entscheidung überhaupt nicht.

a) Der Beschluß des Hanseatischen OLG. vom 6. April 1897 (in Vogt, Entsch. d. Hans. OLG. in Strafs. aus d. Jahren 1879–1897 S. 629, 630) spricht zunächst aus, daß gegen Disziplinarstrafen, die der Gefängnisdirektor verhängt hat, die Beschwerde wegen Unzuständigkeit des Gerichts unzulässig ist, und prüft im übrigen nach, ob die von einem Strafkammervorsitzenden bewirkte Vorenthaltung eines Briefes eines Untersuchungsgefangenen, weil dieser keine unaufschiebbare oder dringend notwendige Geschäfts-, Familien- oder persönliche Verhältnisse betreffe, angesichts der Vorschrift des § 116 Abs. 2 berechtigt ist. Nach dem Ergebnis sei sie unberechtigt, da nicht die jeweilige Gefängnisordnung die Voraussetzungen für die Anhaltung von Briefen der UG. regele, sondern darüber allein der Richter zu befinden habe, dieses Befinden aber an der Störung oder Gefährdung der Ordnung im Gefängnis und an der Sicherung des Haftzwecks seine Grenze haben müsse, mithin Privatbriefe an UG., die nicht den Gegenstand der Untersuchung beträfen, nicht angehalten werden könnten.

b) Der Beschluß des OLG. München vom 6. August 1901 (Sammlg. II, 33, 34) verneint die Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine Verfügung des Strafkammervorsitzenden, wodurch die Erlaubnis zur Beförderung zweier Briefe des Beschwerdeführers und zu einer Unterredung mit einem Angehörigen versagt wurde, einmal, weil die bayrische Dienst- und Hausordnung vom 10. April 1883, auf die sich die angefochtene Verfügung stütze, ein Beschwerderecht nicht einräume und zweitens, weil § 346 StPO. nur prozessuale Beschwerden behandele (ebenso d. Beschl. desselben Gerichts vom 6. Juni 1891 in der älteren Sammlg., VI, 499).

c) In dem Beschlusse des Hanseatischen OLG. vom 18. November 1904 (Ensch. III, 62, 63) wird allgemein betont, daß es der Vorschrift des § 116 keineswegs entspreche, Untersuchungsgefangene grundsätzlich und allgemein hinsichtlich ihres Briefwechsels einer ausnahmslosen Zensur seitens des Gerichts darüber, ob der Inhalt der Briefe unpassend oder ungehörig sei, zu unterwerfen oder ihnen Beschränkungen aufzuerlegen, die, abgesehen von der persönlichen Haft, ihre Verfügungsfreiheit im übrigen ohne erhebliche Gründe aufheben. Nach den Motiven solle allerdings zur Verhütung von Kollusionen im Einzelfall dem Beschuldigten der Verkehr mit der Außenwelt untersagt oder eingeschränkt werden können, immer aber solle es dem billigen Ermessen (!) des Richters unterliegen, ob und wie ein solcher Ver-

---

[17]) So begegnet man z. B. in dem Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Johow-Ring keiner einzigen zum § 116! In dem Generalregister von Goltd. Archiv finden sich nur zwei Entscheidungen angeführt, wovon die eine nachher erörtert wird. Die andere ist nebensächlich.

kehr im Einzelfalle zu beschränken sei. Sei der Verdacht der Kollusionsabsicht gegeben, so sei das Schriftstück nach § 99 zu beschlagnahmen. Andernfalls ließe sich die Nichtbeförderung eines Briefes nur dann rechtfertigen, wenn sich der Richter mittels solcher Beförderung etwa an irgendwelcher strafbaren oder sittlich anstößigen Handlung — eventuell auch nicht nach strafrechtlichen Grundsätzen — beteiligen würde.

d) Der Beschluß des OLG. München vom 13. Dezember 1906 (Sammlg. VII, 149, 150) mißbilligt die Anhaltung eines Briefes wegen Unterlassung der Angabe, weswegen der Briefschreiber inhaftiert ist, mit der Begründung, daß durch diese Unterlassung weder der Haftzweck noch die Ordnung im Gefängnis gefährdet würden. Wenn durch die Anhaltung eine Täuschung der Adressatin habe verhindert werden sollen, so sei dies eine Beschränkung, zu der § 116 kein Recht gebe.

e) In dem gründlichen Beschluß des OLG. München vom 28. Juli 1908 (Sammlg. VIII, 393 f.) wird der Gerichtsvorsitzende für unzuständig erachtet, über den Antrag eines Dritten, einen Untersuchungsgefangenen lediglich besehen zu dürfen, zu entscheiden, da jede Beziehung zur Strafsache fehle, die Beaufsichtigung allen und jeden Verkehrs der UG. durch den Richter aber dem Grundgedanken des § 116 widerspreche.

f) In dem Beschluß des Hanseatischen OLG. vom 2. Juni 1911 (DJZ. XVIII, 174) wird die Zugehörigkeit der Disziplinarstrafen zu den Beschränkungen des § 116 verneint (etwas weiter begründet im Recht, XV, 578 f.).

C. Der Standpunkt der Motive, daß in dem § 116 einige für die Gefängnisverwaltungen verbindliche Normativbestimmungen haben aufgestellt werden sollen — welcher Standpunkt von der Mehrzahl der Schriftsteller ohne weiteres als Gesetz gewordene Tat hingenommen wird —, hätte zur Folge die Qualifizierung des § 116 als eines Verwaltungsgetzes! Dagegen sprechen jedoch Form und Inhalt. Die §§ 112 ff. enthalten Anweisungen an den Richter über die Einleitung, Durchführung und Beendigung der Verhaftungen. Der § 116 speziell befaßt sich mit der Vollstreckung der UH., die dem Richter, insonderheit dem UR. von Reichs wegen direkt übertragen ist — im Gegensatz zu der Übertragung der Strafvollstreckung auf die Amtsrichter nach § 483. Ist diese Verwaltungsakt (cf. dazu OLG. Dresden v. 3. November 1904 im Sächsischen Arch. f. Rechtspflege, I, 259), so liegt in jenem Falle eine richterliche Amtshandlung vor. Diese Amtshandlung ergibt sich beim UR. speziell aus der ihm in den §§ 124, 182 eingeräumten Machtbefugnis. Es ist daher ganz widersinnig, den Abs. 5 des § 116 afs Annex zu behandeln und ihn dem Sinne und Zwecke nach von den anderen Absätzen zu trennen. Für das richtige Verständnis des § 116 ist vielmehr der Abs. 5 den andern Absätzen voranzustellen. Dann ist zu lesen, daß die erforderlichen Verfügungen getroffen werden sollen nicht auf Grund der von der Gefängnisverwaltung erlassenen Vorschriften (was ja auch gar nicht im Text steht), sondern unter Beachtung der in dieser Gesetzesvorschrift in den Absätzen 1—4 gegebenen Bestimmungen

Prinzip der Einzelhaft; Prinzip der Haftzwecksicherung und der Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnis. Das sind die Grenzsteine des sonst umfänglich waltenden, allein maßgebenden richterlichen Ermessens. Sein Bereich übersteigt aber den des § 182. Denn im § 116 sind dem Richter auch eine Reihe rein administrativer Funktionen zugedacht, nämlich zum Beispiel alle die Maßregeln, die nur auf die Ordnung im Gefängnis und die Sicherung anderer Interessen des Untersuchungsgefängnisses Bezug haben. Dadurch wird die Frage der Beschwerde kompliziert. Als selbstverständlich aber kann doch wohl angenommen werden, daß alle Angriffe gegen Maßregeln der Gefängnisverwaltung außerhalb des Rahmens des § 116 nur im Wege der Verwaltungsbeschwerde erhoben werden können. Ob nun die allein unter den Schutz und die Kontrolle des Richters gestellte Behandlung der Untersuchungsgefangenen auch jederzeit revidiert und einer höheren Kontrolle im gewöhnlichen Instanzenwege unterzogen werden kann, läßt sich nicht ohne Stellungnahme zu der Bedeutung des § 352 beantworten. In Doktrin und Praxis begreift man unter den »Verhaftungen« dieses Paragraphen fast durchweg alle Entscheidungen aus dem neunten Abschnitt des ersten Buches der StPO. Ebenso sprechen sich aus Stenglein, Kommentar, S. 544 und Mamroth, Kommentar, S. 312. Beide nehmen aber ausdrücklich den § 116 aus! Einen Grund dafür geben sie nicht an. Lamm a. a. O. S. 39, 40 bezieht den § 116 ein, aber auch ohne Begründung. Andere Schriftsteller erwähnen den § 116 nicht ausdrücklich als Ausnahme, lassen aber im übrigen erkennen, daß sie ihn als solche ansehen. Dahin gehören Löwe, Note 4 — alle aus Anlaß eines Haftbefehls oder eines Antrags auf Verhaftung erlassenen Entscheidungen, insbesondere die nach § 117 ff., 127—132; Puchelt, Kommentar, S. 549 — Entscheidungen über Erkennung und Ablehnung sowie Aufhebung der Verhaftung mit oder ohne Sicherheitsleistung; v. Schwarze, Kommentar, S. 501 und in Holtzendorffs Handbuch II, S. 261 — wie Puchelt; Thilo, Kommentar, S. 407 — nur Entscheidungen über Haftverhängung; Kolisch, Kommentar, I, S. 611, 612 — wie Löwe. Keller, Kommentar S. 390 erwähnt nur die Beschwerden aus § 116 Abs. 2 als Doppelbeschwerdeführung. Beling, Lehrbuch, S. 452 spricht von »Verhaftungsfragen«, Binding, Grundriß, S. 280 von Entscheidungen über Verhaftung, Behandlung in der Haft und Kaution; Stenglein, Lehrbuch 381, von Entscheidungen, die mit einer Verhaftung im Zusammenhang stehen; Rosenfeld, Lehrbuch, S. 348 von Entscheidungen gemäß §§ 112—126 (also nicht 127 ff.)! Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte läßt nicht immer klar ersehen, ob § 116 mit einbezogen werden soll. So sagt ein Beschluß des Hanseatischen OLG. vom 4. Juni 1909 in der Sammlung III, S. 351: der Ausdruck »Verhaftungen« sei im Sinne des 9. Abschnittes, Buch I der StPO. zu verstehen, ein Vorführungsbeschluß falle also nicht darunter. Das OLG. Stuttgart — Beschluß vom 19. März 1908, zitiert im Soergelschen Jahrbuch des Strafrechts usw. IV, 204 — ist anderer Ansicht und begreift unter »Verhaftungen« alle die Freiheitsentziehungen, über die — sei es Inhaftnahme oder vorläufige Festnahme oder Vorführung — im

9. und 10. Abschnitt des I. Buches in den §§ 112 ff. nähere Bestimmungen gegeben sind. Das OLG. München erachtet als »Verhaftungen« nur die durch Haftbefehl nach Maßgabe der §§ 112 ff. verhängte Freiheitsentziehung (Beschl. v. 13. April 1907 in Sammlg. VII, S. 297 u. Seuff., Bl. 72, 609). Nach Ansicht des OLG. Karlsruhe fällt auch die Zeugniszwangshaft darunter (Soergels Jahrb. II, S. 260: Bad. Rechtspraxis 73, 141). Schließlich definiert das Kammergericht (Beschl. v. 26. März 1906 in Goltd. Arch. 53, 180, zit. bei Soergel a. a. O., I, S, 299) Verhaftungen als die Freiheitsentziehungen gemäß § 112 f. Ferdinand a. a. O., S. 83 meint — an sich vollkommen richtig —, daß nicht nur das Ob der Entziehung der persönlichen Freiheit für jeden Menschen von der größten Bedeutung sei, sondern daß er auch, nachdem die erste Frage einmal zu seinem Ungunsten entschieden sei, an dem Wie das größte Interesse haben müsse. Daher falle auch § 116 in das Anwendungsgebiet des § 352 Abs. 1.

Auch dieses Material zeigt, mit welcher Unvorsichtigkeit, um nicht zu sagen Willkür, dem Gesetze gegenüber verfahren wird. Nirgends findet sich eine Motivierung für die Unterwerfung aller Entscheidungen aus dem 9. und 10. Abschnitt des I. Buches unter den Begriff »Verhaftungen«, auch nicht für die teilweise Unterwerfung dieser Entscheidungen. Das Gebot jeder sorgsamen Auslegung, nach den nächsten Zusammenhängen im Gesetz zu suchen, wird außer acht gelassen. Der Ausdruck »Verhaftungen« erscheint in dem Abschnitt über die Beschwerde an erster Stelle in § 347 im Ausnahmesatz. §§ 346, 347 bestimmen, welche Entscheidungen einmalig zum Gegenstand der Beschwerde gemacht werden. § 352 bestimmt alsdann, welche Entscheidungen doppelter Beschwerde fähig sind. Daß mit den Beschlüssen, insofern sie Verhaftungen betreffen — § 352 —, etwas anderes gemeint sein sollte als mit den Entscheidungen über Verhaftungen — § 347 —, ist danach ausgeschlossen. Man kann also nicht den § 347 aus dem § 352 extrahieren, wie Ferdinand a. a. O., S. 164 tut, sondern man muß den § 347 als Grundnorm verwenden. Er statuiert die Unanfechtbarkeit der der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen mit Ausnahme der Entscheidungen über Verhaftungen usw. Da es sich um Ausnahmen handelt, kann nur strikte Interpretation in Frage kommen. Die Annahme, daß alle Entscheidungen, die mit Verhaftungen überhaupt nur irgendwie im Zusammenhang stehen (worunter ja auch Urteile fallen könnten), beschwerdefähig seien, ist daher ohne weiteres abzulehnen. Es fragt sich, was »Verhaftung« nach dem sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes bedeutet. Da muß nun allerdings auf die allgemeinen Bestimmungen des I. Buches zurückgegriffen werden. »Verhaftung« im Sinne der § 112 ff. liegt vor, wenn jemand auf Grund eines schriftlichen Haftbefehls des Richters (§ 114) in Untersuchungshaft genommen wird (§ 112). Ohne Haftbefehl liegt keine »Verhaftung« vor (cf. Rosenfeld, S. 267). Vorläufige Festnahme, Vorführung usw. scheiden damit aus. Danach ergibt sich, daß als Entscheidungen über Verhaftungen solche Gerichtsbeschlüsse anzusehen sind, die eine Beschwerde über eine haftbefehlsmäßige Inhaftnahme oder einen Antrag auf Abhilfe zum Gegen-

stande haben. Derselben Ansicht scheint Beling, S. 182 zu sein, denn er beschließt seinen § 56, in dem er nur die Haftverhängung selbst behandelt (während Aufhebung der Haft, Vollzug der UH., Befreiung davon in den folgenden Paragraphen behandelt werden) mit dem Satz: »Die auf die Haft bezüglichen Entscheidungen sind durch Beschwerde gemäß §§ 346, 347, 352 anfechtbar.« Es handelt sich um die in der Praxis kurz genannten »Haftbeschwerden« wegen mangelnder Haftgründe, um die Tatsache der Freiheitsentziehung selbst, nicht um ihre Durchführung. Damit erledigt sich § 352. Daß das Gesetz unter Entscheidungen über Verhaftungen keinesfalls auch solche über Vermeidung von Verhaftungen durch Sicherheitsleistung verstanden wissen will, erhellt aus der Fassung des § 124 Abs. 1, wo die auf die Sicherheitsleistung bezüglichen Entscheidungen ausdrücklich in die auf die UH. bezüglichen Entscheidungen eingeschlossen werden. Dieses inclusive wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die reinen oder positiven Haftentscheidungen auch die negativen nach dem Willen des Gesetzes mit umfaßten. Grund für die Zulassung der Doppelbeschwerde bei Verhaftungen ist der Schutz der persönlichen Freiheit. Sind die Voraussetzungen für ihre Entziehung instanzenmäßig geprüft und vorhanden gefunden, dann besteht kein Interesse, die Durchführung der Freiheitsentziehung selbst abermals der Beschwerde zugänglich zu machen, soweit nicht die ausdrücklich für die Durchführung aufgestellten Leitsätze verletzt werden, soweit also das exequierende Ermessen nicht geübt wird oder die ihm gesetzten Grenzen überschreitet. Dem alleinigen und unanfechtbaren Ermessen des UR. untersteht daher die Behandlung der Untersuchungsgefangenen in puncto Gemeinschaftshaft bei Zustimmung des Verhafteten, Beschränkungen, Bequemlichkeiten und Beschäftigungen innerhalb der Haftzwecksicherung und Ordnung im Gefängnis (Verkehr mit der Außenwelt!), Fesselung. Eine Strafgewalt ist ihm dagegen in § 116 nicht eingeräumt. Sie pflegt im Gesetz immer besonders ausgesprochen zu werden. Im übrigen erschöpft § 116 nicht die Behandlung der UG. Soweit Gefängnisordnungen, wie zum Beispiel die preußische vom 21. Dezember 1898 in § 95, die hamburgische vom 17. Dezember 1912 in § 2 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 116, den Richter dazu ermächtigen, Disziplinarstrafen zu verhängen, kann darauf nicht gehört werden, ebensowenig wie auf den übrigen Inhalt der Gefängnisordnungen, soweit er in das Gebiet des § 116 eingreift. Die Briefkontrolle ist nach obigem beschwerdefähig, insoweit als sie in concreto unterlassen oder über den Haftzweck hinaus erstreckt ist (zum Beispiel bei Anhaltung von Briefen in Gedichtform). Ob aber ein kollusorisch gefärbter Brief durchzulassen ist, entzieht sich instanzlicher Nachprüfung. Daß die Gefängnisordnungen ein Beschwerderecht im prozessualen Sinne vorsehen, ist natürlich ganz unwirksam und gleichgültig. Es fehlt dazu die reichsrechtliche Ermächtigung. Innerhalb der Gefängnisordnungen kann nur die Verwaltungsbeschwerde Platz greifen. Auch im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde kann der Richter des § 116 nicht verkürzt werden. Denn verkehrte Lösung von reinen Ermessensfragen ist auch durch das freie Ermessen

der vorgesetzten Dienstbehörde nicht heilbar (cf. dazu Kübel in DRZ. I, S. 248; Beck in DRZ. II, S. 398).

5. Vernehmung des Beschuldigten: Ladungsverstöße (mündliche Ladung allein oder mit Androhung der Vorführung); Vorführungsbefehl ohne Haftgrund; Unterlassung der möglichen sofortigen Vernehmung; Festhaltung des Beschuldigten über den folgenden Tag hinaus: Verhörverstöße, cf. § 136.

6. Verteidigung: Ablehnung jeder Akteneinsichtnahme ohne Rücksicht auf den Stand der VU.; Ablehnung der Einsichtnahme in die unter Parteienöffentlichkeit aufgenommenen Protokolle; Ablehnung jeglichen oder nur des schriftlichen bzw. mündlichen Verkehrs zwischen dem verhafteten Beschuldigten und dem Verteidiger; Zurückweisung schriftlicher, offener Mitteilungen; Anordnung der Anwesenheit einer Gerichtsperson bei den Unterredungen eines lediglich wegen Fluchtverdachts Verhafteten mit dem Verteidiger [18]).

Das Ergebnis der gegebenen Darlegungen ist: einerseits, daß § 346 noch keineswegs — was den UR. betrifft — evakuiert ist, sondern noch ein beträchtliches Anwendungsgebiet, nämlich Verletzung von Verfahrensvorschriften und Eingriffe in die persönliche Freiheit des Angeschuldigten behalten hat; andererseits: die **Entfesselung** des untersuchungsrichterlichen Ermessens auf dem Gebiete der prozeßgerechten Beweissammlung und Beweisführung zum Zwecke einer objektiven Aufklärung des zur Anzeige und Anklage gelangten Sachverhalts. Das Ergebnis ist gewonnen durch eine in den alten, gewohnten Bahnen wandelnde Interpretation, deren Streben gerichtet ist auf die Ermittelung des wahren Willens des Gesetzes oder Gesetzgebers. Die vereinzelten und kurzen, um nicht zu

---

[18]) Kohler, Moderne Rechtsprobleme, S. 72f., scheint anzuerkennen, daß gegen eine Ablehnung der Akteneinsicht bei Annahme einer Gefährdung des Untersuchungszwecks rechtsmittelmäßig nichts zu machen ist. Sonst würde er nicht schreiben: »So kommt es, daß ein Angeschuldigter wochen-, monate-, ja ein Jahr lang verhaftet sein kann, ohne daß der Verteidiger sich erfolgreich um sein Schicksal zu bemühen vermag.« Mir sind dagegen Fälle erinnerlich, wo die Strafkammer auf Beschwerde über den Kopf des Untersuchungsrichters weg dem Verteidiger ohne weitere Begründung die Akteneinsicht gestattet hat. Ebenso fragt Kohler gegenüber § 148: »Wie soll hier der Angeschuldigte für Verteidigung sorgen?« Die Frage wäre unverständlich, wenn es nach Kohler dem Verhafteten gestattet sein sollte, jede seine Verteidigung erschwerende Verfügung des Richters im Wege der Beschwerde umzustoßen. Kohler plädiert denn auch nur für eine vernünftigere, weniger schematische Ausübung des Ermessens! — Auch v. Liszt scheint den Untersuchungsrichter in seinem inquisitorischen Ermessen für unumschränkt zu halten, wenn er in der »Kultur der Gegenwart«, Teil II, Abt. 8 Systematische Rechtswissenschaft, S. 234, ausführt: »Die Voruntersuchung versagt dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger die Einwirkung auf die entscheidenden Beweisaufnahmen, sie macht den Untersuchungsrichter zum unmittelbaren Nachfolger des alten Inquirenten, indem sie ihm die Sammlung des Belastungs- wie des Entlastungsmaterials und zugleich die richtige Abwägung des Ergebnisses überträgt usw.«

sagen beiläufigen Meinungsäußerungen der Geburtshelfer der StPO. rechtfertigen die Kreierung eines bestimmten gesetzgeberischen Willens nicht, zumal da die Ermessensfrage kein besonderer Streitpunkt im Kapitel »Beschwerde« gewesen ist. Auch das höchste Revisionsgericht, das die Unantastbarkeit des freien richterlichen Ermessens im Strafprozeß im Umfange der Revision ausgesprochen hat, verwertet die Motive dafür überhaupt nicht. Der sogenannte Wille des Gesetzes ist als ein verschwiegener, als ein latenter erkannt worden. Zugegeben ist, daß dabei etwas ungewöhnlich verfahren ist, insofern als die generelle Norm, die den Ausschlag geben sollte, von vornherein außer Spiel gesetzt worden ist. Das trägt den Stempel moderner Gesetzesauslegung und kann verantwortet werden. Denn es ist noch nichts Kontralegales oder Präterlegales, wenn der Jurist unter den möglichen Auslegungen eine hervorsucht, die vielleicht an sich etwas ferner liegt, die ihm aber eine Grundlage gibt, um die Rechtsverhältnisse in vernünftiger, d. h. dem Kulturfortschritt entsprechender Weise aufzubauen (Kohler in »Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart«, S. 27). Wendet man sich aber von dem alten Auslegungsdogma ganz ab und setzt gleich an Stelle des Willens des Gesetzes oder des Gesetzgebers den Willen oder die Vernunft der Zeit (cf. Kohler a. a. O., S. 220), löst man also das Gesetz aus dem Boden seiner Entstehung und erfüllt es mit den Kräften und Strömungen der Gegenwart, dann kann trotz der deutschen Rechtsmittelwut, des den normalen Rechtsgang arg verkümmernden und gefährdenden Rechtsmittelballastes bei dem Siegeszug, der dem freien Ermessen allerseits vorgezeichnet ist und den es schon teilweise abgetreten hat[19]), die Unvereinbarkeit der richterlichen Ermessenstätigkeit, insonderheit auf dem Gebiete und im Zweckbereich der VU. mit einer beschwerdemäßigen Kontrolle schlechterdings nicht mehr bezweifelt werden. Die ungeheure Mannigfaltigkeit der Erscheinungen des heutigen Rechtslebens drängt unaufhaltsam zu einer Liberalisierung der Rechtspflege (cf. v. Miltner in der Leipziger Zeitschr. VIII, S. 1494). Entsprechen die Entwürfe einer neuen StPO. dem gegenwärtigen Kulturzustande?

III.

Nach den Protokollen der Reformkommission 1903/1905 ist die Frage der Beschwerdefähigkeit richterlicher Ermessensakte allgemein und prinzipiell nicht Gegenstand der Beratung gewesen. Der § 346 ist unverändert übernommen! Bei den Verhandlungen über die Gestaltung der VU. ist dagegen das Ermessensproblem vereinzelt berührt worden. So hinsichtlich der Regelung der Parteienöffentlichkeit (§ 191). Während der ersten Lesung war dazu unter Nr. 8 beantragt worden, der UR. solle befugt sein, Angeschuldigten und Verteidiger von der (sonst vorgeschriebenen) Anwesenheit auszuschließen, wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder der öffentlichen Ordnung zu besorgen sei,

---

[19]) Man denke gerade jetzt an das moratorische Ermessen auf Grund der Bundesratsverordnungen vom 7. und 18. August 1914.

diese Tatsachen sollten aktenkundig gemacht werden, und dagegen sollte Beschwerde zulässig sein! Dieser Antrag ist später zurückgenommen. Die Kommission beschloß wie folgt: 1. Der UR. ist befugt, der StA., dem Angeschuldigten und dem Verteidiger die Anwesenheit bei Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen auch in anderen Fällen als denen des § 191 Abs. 2 zu gestatten. Die Gestattung soll nur bei Gefährdung des Untersuchungszwecks oder der öffentlichen Ordnung versagt werden. Vor der Beschlußfassung ist der StA. zu hören. 2. Dasselbe gilt von der Vernehmung des Angeschuldigten. 3. Die Zulassung des StA. und des Verteidigers zur Vernehmung des Angeschuldigten unterliegt dem freien Ermessen des UR. In der Begründung dazu wird hervorgehoben, daß über die Ausschließung der Parteien von den Beweisterminen überhaupt das freie Ermessen des UR. nicht entscheiden dürfe, weil sonst der gegenwärtige Rechtszustand tatsächlich aufrechterhalten bleibe. Bei der Vernehmung des Angeschuldigten müsse aber über die Zulassung des StA. und des Verteidigers das freie Ermessen des UR. walten (Prot. I, S. 176ff.). Der obige Antragsteller ist offenbar davon ausgegangen, daß im allgemeinen Beschwerde gegen Ermessensverfügungen des UR. unstatthaft ist. Dieselbe Vorstellung scheint auch bei den anderen Kommissionsmitgliedern bestanden zu haben, denn sonst ist die Motivierung des Abs. 1 mit der Gefahr der Aufrechterhaltung des bisherigen Rechtszustandes nicht zu verstehen. Sollte das freie Ermessen jederzeit durch Beschwerde korrigiert werden können, worin lag dann die erwähnte Gefahr? Im Verlaufe der zweiten Lesung ist denn auch das Einverständnis darüber verlautbart worden, daß die Verfügungen des UR. hinsichtlich der Zulassung zur Vernehmung des Angeschuldigten (Nr. 3) unanfechtbar sein, dagegen die Verfügungen, betreffend Zulassung zur Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, der Beschwerde unterliegen sollten (Prot. II, S. 93). Letzteres war selbstverständlich, da die Fassung des § 191 in 2. Lesung lautete: »Bei Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen hat der UR. der StA., dem Angeschuldigten und dem Verteidiger auf ihr Verlangen die Anwesenheit auch in andern Fällen usw. zu gestatten. Die Gestattung kann versagt werden bei Gefährdung des Untersuchungszwecks oder der öffentlichen Ordnung.« Auch hier sollte freies Ermessen walten, nur zurückgedrängt auf das Gefährdungsgebiet. Beschwerdefähig sollte danach sein die Ausschließung der genannten Prozeßbeteiligten ohne Rücksicht auf den Untersuchungszweck. — Ferner kam zur Erörterung, welche Rechte den Beteiligten bei der Vernehmung einzuräumen seien. Man wurde sich einig, daß Streitigkeiten über die Fragestellung — im Interesse des Ansehens des UR. und zur Ermöglichung eines gedeihlichen Fortganges der Untersuchung — nicht zum Gegenstand von Beschwerden sollten gemacht werden können. Der UR. müsse Herr über die Verhandlung bleiben(!). Demgemäß wurde formuliert: »Der Staatsanwalt, der Angeschuldigte und der Verteidiger sind berechtigt, den Zeugen und Sachverständigen diejenigen

Fragen vorlegen zu lassen, welche zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse der Zeugen und Sachvertändigen dienlich sind. Zweifel über die Zulassung einer Frage entscheidet der UR. Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.« Der letzte Satz fällt auf, angesichts der Fassung des ersten Teils von § 191, wo die Unzulässigkeit der Beschwerde als selbstverständlich unterstellt wird. — In den Regierungsvorlagen von 1908 und 1910 und in dem Bericht der Siebenerkommission des Reichstags vom 18. Januar 1911 wird das Ermessen des UR. in der Richtung eingeschränkt, daß der Verteidigung freierer Spielraum zur Betätigung gewährt und zugleich Sicherheit dafür geschaffen wird, daß der Angeschuldigte volle Kenntnis von den Ergebnissen der Untersuchung erhält (cf. Entw. e. StPO v. 1908 in DJZ. 1908, S. 153ff., 261ff.; Begründung zu dem Entw. e. StPO. v. 1910, S. 23ff., 132ff. und §§ 182—194 des Reichstagsentwurfs). Ob und inwieweit Beschwerde zulässig sein soll, ist auch in diesen Entwürfen mit keinem Worte erörtert. Die §§ 308 der Entwürfe von 1908 und 1910 besagen, daß Beschwerde, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, gegen alle richterlichen Verfügungen und die in erster und zweiter Instanz erlassenen Gerichtsbeschlüsse zulässig sein soll. Der § 308 der Reichstagskommission drückt sich noch allgemeiner aus: »Beschwerde können die Prozeßbeteiligten, soweit nichts anderes bestimmt ist, gegen alle richterlichen Verfügungen und Beschlüsse erheben.« Nach diesen Entwürfen bleibt also alles beim alten. Die weitere Fassung ermöglicht sogar noch eine größere Mißwirtschaft mit der Beschwerde. Dagegen muß — weil solche Gesetzesarbeit weder zeit- noch entwicklungsgemäß ist — mit aller Entschiedenheit Front gemacht werden. Gewiß ist richtig, was Kohler in seiner schon zitierten vorzüglichen Schrift (Recht und Persönlichkeit, S. 219) sagt: »Das Institut der mehreren Instanzen, um mit ihrer Hilfe eine völlig ausgereifte Entscheidung zu erlangen, ist unentbehrlich und gehört zu den Förderungsmitteln unserer Kultur.« Das trifft aber auf das Rechtsmittel der Beschwerde von vornherein nicht zu. Die Beschwerde ist in der Hauptsache gedacht als Eingriff in die richterliche Prozeßleitungs- und Prozeßführungstätigkeit, soweit sie antiprozessual ist und persönliche Rechte des Angeschuldigten ohne Grund verletzt. Sie ist — noch weit mehr wie die Revision — äußerstes Punktenrechtsmittel, auch in dem Falle der Beschwerdenhäufung, und kann ihre Erledigung finden auch nur durch Überprüfung des Punktmaterials, also unter Außerachtlassung des totalen Materials. Sie ist kein Prozeßerledigungsrechtsmittel, sondern ein Inzidentpunkterledigungsrechtsmittel. De facto wirkt und ist sie inzidentarisch, das heißt prozeßverzögernd. Das Interesse des Staates und der Allgemeinheit richtet sich nun aber gerade auf die möglichst schleunige Herbeiführung einer Strafentscheidung, entweder positiv oder negativ, wenn auch das Interesse an einer möglichst gründlichen Strafuntersuchung daneben besteht. Dieses Interesse an einer ungehemmten

Erreichung des Prozeßzwecks verbietet prozeßpolitisch die ausnahmslose Zulassung der Beschwerde als Regel. Ausdrücklich anerkannt ist das in § 373 der deutschen MStGO. vom 1. Dezember 1898: »Die Rechtsbeschwerde findet nur statt, soweit sie in diesem Gesetz ausdrücklich zugelassen ist«[20]). Gegen die Verfügungen des Untersuchungsführers, betreffend Behandlung von Untersuchungsgefangenen — § 178 —, ist zum Beispiel Beschwerde nicht zugelassen! Das gleiche wie § 373 unserer MStGO. bestimmen auch die §§ 327 der Entwürfe zu der österreichischen MStPO. für die Wehrmacht und die Landwehr. Die Motivierung der deutschen Vorschrift lautet dahin, man habe geglaubt, aus militärischen Rücksichten die Fälle der zulässigen Beschwerde gegenüber der StPO. erheblich einschränken zu müssen (cf. Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte, 9. Legislaturperiode, V. Session 1897/98, I. Anlageband, Aktenstück Nr. 6, S. 151). Welche militärischen Rücksichten gemeint sind, steht dahin. Man könnte meinen: in erster Linie die Rücksicht auf die Disziplin. Dem steht aber entgegen die Regelung des außerprozessualen Beschwerderechts durch die Beschwerdeordnungen von 1894 und 1895; sodann: die Rücksicht auf die Unverzögerlichkeit aller Militärjustizverhandlungen. Darauf wird ausdrücklich verwiesen in den Motiven zu der österreichischen MStPO. (Nr. 31 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, XXI. Session 1911, S. 259), wo es heißt: »Der Entwurf läßt die Beschwerde als strafprozessuales Rechtsmittel nur in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zu, weil die Gewährung eines uneingeschränkten Beschwerderechts vom Gesichtspunkte der möglichsten Beschleunigung des Verfahrens im Militärstrafprozesse unzulässig ist.« Die deutsche MStGO. hat nun aber die Fälle der zulässigen Beschwerde gegenüber der StPO. nicht nur erheblich eingeschränkt, sondern sie hat — ganz im Gegensatz zur StPO. — die Beschwerde für den Regelfall ausgeschlossen[21]).

---

[20]) Daß sie für den Kriegsfall nicht überall ausgeschlossen ist, beruht offenbar nur auf einem Versehen (cf. v. Schlayer in DJZ. 1914, S. 1044).

[21]) Höchst beachtenswert ist auch, daß selbst die ZPO., die nicht so hohe Güter wie die StPO. zu schützen hat, die Beschwerde nur in den besonders hervorgehobenen Fällen und gegen Entscheidungen gibt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist (§ 567 ZPO.). Aber auch gegen solche ablehnenden Entscheidungen ist dann kein Beschwerderecht begründet, wenn die beantragte Maßregel eine solche ist, die das Gericht von Amts wegen nach freiem Ermessen anordnet. Denn »wenn in einem solchen Falle die Partei ein Gesuch stellt, so ergeht doch die Entscheidung nicht über das Gesuch als solches, sondern als Ausübung des Ermessens« (so Stein, ZPO. 10. Aufl. III 3 zu § 567 ZPO. und Weismann, Lehrb. I, S. 449, Note 3). Auch ein Beschluß des RG. zur Anwendung des § 143 a. F., § 157 n. F. vom 13. Juli 1897 hat die vorinstanzliche Unzulässigkeitserklärung in puncto der Beschwerde gebilligt, weil die Erlassung der bezüglichen Anordnungen dem freien Ermessen des Gerichts — im öffentlichen Interesse, nicht in dem des Prozeßgegners — anheimgegeben sei (Seuffert, Arch. 53, Nr. 52). Stein (a. a. O. Note 13 zu § 157 ZPO.) meint, es sei sonst auch der Prozeßverschleppung Tür und Tor geöffnet. Und die Motive zu § 143 a. F. stellen die Unzulässigkeit der Beschwerde darauf ab, daß

Man wird gewiß nicht fehlgehen, wenn man darin die Tendenz erblickt, den schnellen Fortgang des Verfahrens zu sichern. Diese Tendenz herrscht aber in gleichem Maße auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Strafprozesses. Man höre die Begründung zu den Regierungsvorlagen von 1908 und 1910: »So sehr der Entwurf der StPO. bemüht ist, die Zuverlässigkeit und Gründlichkeit des Verfahrens sicherzustellen, darf doch nicht außer acht gelassen werden, daß das öffentliche Interesse eine rasche, nicht durch unnötige Formalitäten gehemmte und energische Handhabung der Strafrechtspflege fordert. .... Hiernach ist es eines der Hauptziele des Entwurfs, das Verfahren nach Möglichkeit zu vereinfachen«[22]). An Prozeßerschwerung und Strafrechtspflegeerniedrigung durch Beschwerdeunfug scheint hier nicht gedacht zu sein. Daß aber die unbegrenzte Beschwerdemöglichkeit auch unbegrenztes Prozeßhemmnis ist, liegt in demselben Gedankenkreis. Demnach sind die Interessen des bürgerlichen und militärischen Strafprozesses auf diesem Gebiete die gleichen oder berühren sich wenigstens stark. Die einzige aller bürgerlichen StPO., die die Konsequenzen daraus gezogen hat, ist — soweit ich habe feststellen können — die StPO. für Japan vom 7. Oktober 1890, deren § 293 bestimmt: »Die Beschwerde ist nur in den besonders im Gesetz bestimmten Fällen gestattet«

---

ihr im Zulassungsfalle aufschiebende Wirkung beigelegt werden müßte, die Folge davon aber eine Verzögerung des Fortganges des Rechtsstreits zum Nachteile der Parteien sein würde (Begr. z. Reichtagsvorlage, S. 29, Guttentag 1897). Auch hier also das Beschleunigungsprinzip als Argument bei Bestimmung des Umfanges der Rechtsmittel und die — wenn auch nur sehr vereinzelt — zutage tretende Erkenntnis, daß die Art der richterlichen Ermessensübung der Beschwerde entrückt sein muß!

[22]) Auch die ministeriellen Verordnungen zur österr. StPO. betonen, daß alle Strafsachen, insbesondere die Haftsachen mit der größten Raschheit der Erledigung zugeführt werden müssen (cf. Taschenausgabe d. österreich. Gesetze V, 11. Aufl., I, S. 682, Wien 1904). Und in § 115 der österr. StPO. ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß nach Möglichkeit dafür zu sorgen ist, daß durch die wegen Ergreifung von Rechtsmitteln erfolgende Vorlegung der Akten der Gang des Verfahrens nicht aufgehalten werde, nötigenfalls seien von Aktenstücken, die zur Fortführung des Verfahrens unentbehrlich sind, Abschriften zu machen. Wenn dann aber ministerialiter dazu angeordnet ist, der UR. könne einen Stillstand der eigenen Tätigkeit dadurch vermeiden, daß er entweder das ersuchte (oder Beschwerde-) Gericht über den Sachverhalt durch Abschriften, Auszüge aus Aktenstücken oder Beifügung einzelner Aktenstücke genügend orientiert oder sich die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit nötigen Aufschreibungen, Abschriften oder Auszüge macht, so ist dabei ganz übersehen, daß diese — teilweise notwendig willkürliche — Anlegung von Doppelakten schon selbst zeitraubend und stagnierend ist. Man denke sich an einem Großstadtstrafgericht den auf diese Weise abschriftlich tätigen UR.! Er würde aus dem Abschreiben überhaupt nicht herauskommen und dadurch den Zeitverlust, nicht nur die Akten verdoppeln. Im übrigen aber hat er auf die Behandlung der Beschwerde durch das Beschwerdegericht keinerlei Einfluß. Aus eigener Praxis erinnere ich mich an Zeiten, wo ich — abgesehen von der Bearbeitung neuer Eingänge — zur Untätigkeit verdammt war, weil alle anderen Sachen in der Beschwerdeinstanz »schwebten«.

(Sammlg. außerd. StGB. XXXVI, S. 83). Die StPO. für *Italien* vom 27. Februar 1913 (Sammlung wie vor XLII, S. 88) besagt in Artikel 342: »Der Beschuldigte kann gegen den *Beschluß*, der den Antrag auf Entlassung oder vorläufige Freiheit verwirft oder aber ihm die in Artikel 335 erwähnten Pflichten (Konfination usw.) auferlegt oder die Sicherheit oder Bürgschaft nicht für geeignet erklärt, Berufung einlegen« und in Artikel 343: »Der StA. kann auch gegen jeden andern *Beschluß*, der vom UR. in erster Instanz erlassen worden ist, Berufung einlegen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.« In diesem Gesetz sehen wir also das Beschwerderecht des Angeschuldigten — von Verhaftungen usw. abgesehen — ausgeschaltet, während das des StA. jedenfalls nicht die eigentlichen inquisitorischen *Verfügungen* des UR. mitumfaßt, denn in Artikel 98 unterscheidet das Gesetz zwischen *Beschlüssen* als den Entscheidungen, die auf einen Zwischenantrag hin oder von Amts wegen im Verlaufe der Untersuchung oder des Prozesses oder in der Vollstreckungsinstanz ergehen, und *Verfügungen* als den andern in der Untersuchungs-, Prozeß- oder Vollstreckungsinstanz getroffenen oder in dieser Form vorgeschriebenen Entscheidungen. Mir scheint, daß *unsere StPO.* in manchen Punkten sehr wohl eine *gewisse Militarisierung*, eine In-Richtung-Stellung mit der MStGO. *vertragen kann*, ohne daß der Schutz des Individuums gegen die Staatsgewalt, der nach Beling (Handbuch d. Politik I, S. 350) für den Ruf nach Reformen den Grundton angeben soll, irgendwie in Frage gestellt wird.

Eine *definitive* Erörterung des strafprozessualen Beschwerderechts überhaupt kann hier indes auf sich beruhen bleiben, denn unsere spezielle Frage geht dahin, ob und inwieweit die reinen Ermessensakte des UR. — außerhalb der Eingriffe in die persönliche Freiheit des Angeschuldigten — der Beschwerde zugänglich sein sollen. Wenn man mit Beling (a. a. O., S. 353) vertritt, daß die Strafprozeßgesetzgebung zwar darauf bedacht sein muß, das Dürfen und Müssen der Straforgane möglichst exakt zu umreißen, daß dies aber für zahlreiche Sachlagen nicht durchzuführen ist und die betreffenden Amtshandlungen daher zur »Ermessenssache« gestempelt werden müssen, so subsumiert sich die reine Untersuchungstätigkeit des UR. ganz von selbst unter solche Sachlagen, wo nur Zweckmäßigkeitserwägungen die Direktive für das Handeln abgeben. Und diese muß — um sich überhaupt durchsetzen zu können und nicht jeden Augenblick in ihrer prozessualen Existenz bedroht zu sein — aus den unter II. entwickelten Gründen der Beschwerde unbedingt entzogen werden. Es empfiehlt sich dann aber eine differentielle Regelung des Beschwerderechts in der VU. Vorbilder dazu haben wir in alten und neuen Prozeßgesetzen. Ein Musterbeispiel von Mißtrauen und Überängstlichkeit der Tätigkeit des UR. gegenüber ist die hamburgische StPO. vom 30. April 1869 (Gesetzsammlg. S. 89), denn § 133 zu Eingang lautet: »Der StA., derjenige, welcher als verdächtig behandelt worden ist, jeder Vernommene und Sachverständige, Personen, welche eine Bürgschaft für den Verdächtigen übernommen haben, der Beschädigte, überhaupt alle in der VU. Beteiligte haben, wenn sie

durch irgendeine Verfügung des Untersuchungsgerichts oder des Untersuchungsrichters oder durch eine Verzögerung des Verfahrens oder sonstwie sich verletzt halten, das Recht, bei dem Obergericht Beschwerde zu führen.« Hier ist die Ermessenstätigkeit offenbar in vollem Umfange mit in die Beschwerde eingeschlossen. Nicht anders dekretiert die bulgarische StPO. vom 3. April 1897 (Sammlg. außerd. StGB XVII, S. 42) im 11. Kapitel des 2. Buches über die VU., überschrieben »Beschwerdeführung über die Tätigkeit des UR.«, in Art. 269: »Die Sachbeteiligten können über jeden Akt der Untersuchung, der ihre Rechte verletzt oder beschränkt, Beschwerde erheben.« Ein gleiches Kapitel enthält auch die österreichische StPO. vom 23. Mai 1873 mit denselben Bestimmungen in § 113. Die ungarische StPO. vom 4. Dezember 1896 regelt das Beschwerderecht dagegen in §§ 378ff. nur allgemein und unterwirft jeden »Bescheid« des UR. der Anfechtung durch Rekurs. Auch die alte sächsische StPO. vom 11. August 1855 (und die revidierte StPO. vom 1. Oktober 1868) begnügen sich mit einer allgemen Regelung des Beschwerderechts, machen aber die gewichtige Einschränkung (Art. 85 Abs. 4): »Gegen Entscheidungen, die in diesem Gesetz ausdrücklich in das Ermessen dessen gestellt sind, dem sie das Gesetz zugewiesen hat, ist ein Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung, Einspruch, Beschwerde) nicht zulässig.« Das ist geschehen in Art. 41 Abs. 4 (Zulassung von Beiständen), Art. 42 Abs. 3 (Akteneinsicht), Art. 129 Abs. 3 (Wiederaufnahme der Untersuchung vor Beendigung des konkurrierenden Zivilprozesses), Art. 142 Abs. 1 (Verhör in der Wohnung), Art. 146 Abs. 2 (Publikation der Beschlagnahme), Art. 169 Abs. 2 (Befragung über Vorstrafen), Art. 172 Abs. 4 (Konfrontation im fremden Gerichtsbezirk), Art. 174 Abs. 3 Untersuchung von Frauenspersonen), Art. 178 (Leitung der Augenscheinseinnahme), Art. 179 Abs. 1 (Aktenabgabe an den Sachverständigen), Art. 179 Abs. 2 (Aufklärung des Sachverständigen), Art. 181 (Wiederholung der Augenscheinseinnahme), Art. 185 Abs. 2 (Wertsermittlungen), Art. 193 Abs. 3 (Fragen bei Sektionen), Art. 194 Abs. 2 (Umfang der Untersuchung bei Vergiftungen), Art. 219 Abs. 2 (Abhörung von Zeugen außerhalb der Gerichtsstelle) usw. Der Art. 117, der von der Führung der VU. handelt, enthält nichts über Ermessen des UR. Er ist für unsere Frage ohne Tragweite, da der frühere sächsische UR. nicht selbständig, sondern als Beauftragter und unter Kontrolle des Untersuchungsgerichts arbeitete. Gerade die obige Bestimmung des Art. 85 Abs. 4, die das OLG. Dresden damit abgetan glaubt, daß die RStPO. sie nicht aufgenommen, ihren Inhalt also auch nicht zum Gesetz erhoben habe, paßt durchaus in die heutige Zeit und verdient daher, falls ihr Geist nicht schon im geltenden Gesetz weitergelebt hat, wieder zum Leben erweckt zu werden. Bei der völligen Nichtachtung der Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen reinen Ermessensakten und Nichtermessensakten, zwischen modifizierten und kombinierten Ermessensakten, wie sie im praktischen und theoretischen Strafprozeßrecht obwaltet, kann selbstverständlich nicht der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen,

in welchem Umfange die Rechtsmittel auf Ermessensentscheidungen zu erstrecken sind. Die Rechtsmittelmaterie muß vielmehr klipp und klar und unzweideutig geregelt werden, also unter Berücksichtigung der Natur der angefochtenen Amtshandlung. Das führt dazu, die Ermessensverfügungen in irgendeiner Form herauszustellen. In Frage würden kommen nicht nur die Verfügungen, die das Gesetz ausdrücklich in das Ermessen des Richters stellt, sondern auch die stillschweigend dem Ermessen überlassenen. Sicherer würde es aber wohl sein, in allen Fällen, wo das Ermessen des Richters entscheiden soll, dies ausdrücklich zu statuieren. Dem geltenden § 182 wäre daher ein Absatz 2 anzufügen, etwa des Wortlauts: Über den Gang und Umfang der Untersuchung entscheidet er nach freiem Ermessen. Und der Abs. 5 des § 116 hätte zu lauten: Die nach Maßgabe obiger Bestimmungen erforderlichen Verfügungen hat der Richter nach seinem Ermessen zu treffen. Und der § 346: Die Beschwerde ist gegen alle richterlichen Verfügungen und Beschlüsse zulässig, soweit sie nicht ausdrücklich der Anfechtung entzogen oder in das Ermessen des Gerichts oder des Einzelrichters gestellt sind (wenn man den Standpunkt der MStGO. nicht akzeptieren will).

Hamm spricht in dem Werke: »Deutschland unter Kaiser Wilhelm II.« (Band I, S. 316) die Hoffnung aus, daß sich auf dem Boden langjähriger treuer und tüchtiger Arbeit demnächst durch verständige Vermittlung zwischen noch voneinander abweichenden Rechtsanschauungen eine umfassende großzügige und für die Strafrechtspflege segensreiche Reform unseres Strafprozesses werde aufbauen lassen. Als Ausgangs- und Höhepunkt der Reformbewegung bezeichnet er die Berufungsfrage und ist der Ansicht, daß sie von dem Reformentwurf großzügig gelöst ist. Die obige Bearbeitung unseres Themas führt vor Augen, daß, wenn der alte Bau des Strafprozeßgesetzes übernommen werden soll, noch vieles weiter auszubauen ist und daß, wenn ein Neubau errichtet werden soll, dieser ganz neu fundamentiert werden muß. In jedem Falle bringen sogenannte großzügige Reformen erhebliche Gefahren mit sich, sie sind fast immer Oberflächenreformen mit ganz ungleicher Gewichtsverteilung. Dem entgegen sollte man nicht nur die Berufung, die Revision, die Wiederaufnahme des Verfahrens, sondern auch die Beschwerde einer gründlichen, neuen Regelung unterziehen. Diese wird dann hoffentlich auch die Befreiung des UR. aus dem unwürdigen Beschwerdenetz bringen, die ihm offiziell heute noch vorenthalten wird[23]).

[23]) [Ich bin mit der Anschauung des Verfassers um so mehr einverstanden, als ich denselben Grundsatz für das Konkursverfahren durchgeführt habe: die Beschwerde ist zu denken als Rechtsbeschwerde, nicht als Opportunitätsbeschwerde; wo es sich um Zweckmäßigkeitserwägungen handelt, muß der verfügende Richter notwendig ungehindert sein; das Gegenteil hieße, einzelne Akte aus dem Kreise seiner Gesamttätigkeit herausreißen, die nur in ihrer Gesamtheit richtig gewürdigt werden kann. Vgl. Leitfaden des Konkursrechts, 2. Aufl., S. 329f. — Kohler.]



Bettelbetrug und verwandte Fälle.

Von Rudolf Pröll, Gerichtsassessor in Berlin, z. Zt. im Felde.

I.

Ein Problem von grundlegender Bedeutung für die Betrugslehre ist das des Kausalzusammenhanges zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung in den Fällen, in denen sich der Getäuschte des schädigenden Charakters seiner Handlung bewußt war. Das Schulbeispiel für eine solche Sachlage ist der Bettelbetrug. Man denkt bei dieser Bezeichnung an die praktisch sehr häufige Erscheinung, daß jemand durch Vorspiegelung einer erdichteten Notlage, Krankheit u. dgl. veranlaßt wird, einem Bettler ein Geldgeschenk zu geben. Die Ansichten über die Konstruktion dieser Fälle, deren Strafbarkeit von der Praxis und der modernen Wissenschaft ganz überwiegend angenommen wird, gehen weit anseinander.

1. Die m. E. richtige Ansicht, die von Hälschner[1]) und Hegler[2]) mit aller Entschiedenheit vertreten wird, und die in den E. 4, 352 und 6, 360 veröffentlichten Reichsgerichtsurteilen sowie in einer Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes[3]) mehr oder minder bewußt zum Ausdruck kommt, geht dahin, daß beim Bettelbetrug der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtumserregung gegeben ist, weil der Getäuschte infolge der Irrtumserregung um das gewährte Almosen ärmer geworden ist.

Die entgegengesetzte Meinung stützt sich darauf, daß der Irrtum des Gebers nicht für seine Vermögensbeschädigung kausal sein könne, weil er das Almosen hingebe, wissend, daß er dadurch sein Vermögen beschädige. Frank[4]) zieht aus dieser von ihm vertretenen Theorie die Konsequenz, daß der Bettelbetrug überhaupt straflos sei. Die übrigen Anhänger dieser Theorie suchen dies unerwünschte Ergebnis dadurch zu vermeiden, daß sie die Vermögensbeschädigungen in den (dem Getäuschten durch den Irrtum verdeckten) Ausbleiben des sog. »idealen Äquivalentes« erblicken; der Almosengeber ist nach dieser Ansicht um »die Genugtuung, welche die Milderung menschlichen Leidens den Barmherzigen gewährt«[5]), oder andere Imponderabilien geschädigt. Die Lehre vom idealen Äquivalent ist von Adolf Merkel[6]) eingehend begründet und wird, wenn auch zum Teil abgeschwächt, von Olshausen[7]), Binding[8]) u. a.[9]) noch heute vertreten.

---

[1]) Lehrb., II, 1, S. 249, Nr. 1.

[2]) Vgl. Darst. B. T., Bd. VII, S. 438.

[3]) Österr. oberster Gerichtshof als Kassationshof, Urteil vom 22. September 1899 in Nowack, Neue Folge, Bd. I, Nr. 2387.

[4]) Anmerkung VI, 1 zu § 263.

[5]) So Merkel, Krim. Abhdlgn., II, 212ff.

[6]) A. a. O., kürzer und deutlicher auch in Holtzend. Hdb., 3, 763, Nr. 2; 765 und 778, Nr. 4.

[7]) Noten 37 und 38a zu § 263.

[8]) Lehrb., S. 352, 354, 356.

[9]) Vgl. Joh. Merkel, Die Vermögbesch. b. Betrug, Erlang. Diss., 1900.

Die Behauptung, ein ideales Äquivalent könne einen dem Vermögen, das doch eine Summe von wirtschaftlichen Gütern oder von Rechten ist, erwachsenen Schaden ausgleichen, ist schlechterdings paradox und oft genug widerlegt[10]). Daß sie trotzdem von so bedeutenden Kennern der Betrugslehre aufgestellt wird, deutet darauf hin, daß sich in ihr ein anderer, vielleicht nur sonderbar ausgedrückter, Gedanke verbirgt. Der tritt sofort klar hervor, wenn man von den Fällen ausgeht, in denen jemand ungetäuscht Liberalitätsakte vornimmt: Binding[11]) führt ganz mit Recht aus, daß es dem gesunden Sprach- und Rechtsempfinden widerstrebt, von einer »Vermögensbeschädigung« zu sprechen, wenn man einem armen Teufel einen Taler schenkt oder dem Kaiser-Wilhelms-Institut eine halbe Million zuwendet; warum solle nun — so sagt Binding weiter — dieser selbe Erfolg eine »Beschädigung« darstellen, wenn er durch Täuschung herbeigeführt werde? Da müssen wir uns vor allem darüber klar sein, daß diese Liberalitäten auch ohne Unterlaufen einer Täuschung einen Erfolg herbeiführen (Verlust des Rechtes am Gelde und Wertminderung des Gesamtvermögens des Gebers), der nach jeder denkbaren Definition unter den Begriff der Vermögensbeschädigung fällt[12]). Der Unterschied des Bettelbetrugs von den freiwilligen Liberalitäten steckt also gar nicht in dem Tatbestandsmerkmale der Vermögensbeschädigung. Daß wir bei der auf Täuschung beruhenden Liberalität gern von einer Vermögensbeschädigung reden, bei der freien Liberalität aber nicht, hat lediglich einen sprachlichen Grund: Die an sich indifferente Handlung und der an sich indifferente Erfolg werden auch sprachlich mit einem Unwerturteil belegt, sobald sie im Gefüge eines verbrecherischen Tatbestandes erscheinen; mit dem Wegfall irgendeines Tatbestandsmerkmals entfällt auch (psychologisch) der Grund, den Erfolg mit dem tadelnden Ausdruck »Beschädigung« zu belegen. Das ist eine im Strafrecht häufige Erscheinung. So ist die Vollziehung des ehelichen oder außerehelichen Beischlafs an sich eine moralisch ganz indifferente Handlung, und es wäre absurd, für sie generell den Ausdruck »unzüchtige Handlung« zu gebrauchen; dagegen ist dieser Ausdruck sehr am Platze, sobald der Beischlaf öffentlich (StGB. § 183) oder gewerbsmäßig (StGB. § 181a und andere Paragraphen) vorgenommen wird. Wenn ich, um einen Brand zu melden, die Scheibe des Feuermelders zertrümmere, wenn ich meine Konservenbüchsen öffne, mein Feuerwerk abbrenne, so spreche ich nicht davon, daß ich eine Sachbeschädigung begehe, sondern daß ich von diesen Dingen einen zweck- und vernunftgemäßen Gebrauch mache. Wer aber zum Zwecke falschen Alarmes die Scheibe des Feuermelders einschlägt, wer fremde Konservenbüchsen öffnet, fremdes Feuerwerk anzündet, begeht eine »Sachbeschädigung« nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens, obwohl die Handlungen und die Erfolge genau dieselben sind wie bei der vorher geschilderten recht- und zweckgemäßen Konsumtion

---

10) Vgl. Hälschner, Lehrb., II, 1, S. 249, Nr. 1; Waag, GerS., 31, 242; Hegler a. a. O., S. 438, Nr. 6; Frank, N. V, 4 zu § 263; Wachenfeld, Lehrb., S. 408.

11) DJZ. 16, 561.

12) Vgl. unten zu III.

dieser Dinge. Weitere Beispiele für das Gesagte bilden ärztliche Operation und »Körperverletzung«, Herstellung eines Faksimiles zu wissenschaftlichen Zwecken und »fälschliches« Anfertigen von Urkunden (StGB. §§ 223, 267). In allen diesen Beispielen üben also die übrigen Tatbestandsmerkmale einen Reflex auf den für den Erfolg gebrauchten Ausdruck in der Weise aus, daß bei Wegfall auch nur eines zum Tatbestande gehörigen Tatumstandes der Erfolg sprachlich anders bezeichnet zu werden pflegt als bei Vorhandensein aller Tatbestandsmerkmale; so ist es in den obigen Beispielen der Mangel der rechtswidrigen Absicht, der uns die Bezeichnung des Faksimilierens als »Fälschung« verleidet; wegen des Mangels der Rechtswidrigkeit nennen wir die mit Einwilligung des Kranken vorgenommene Operation nicht gern »Körperverletzung«, das Einschlagen der Scheibe nicht gern Sachbeschädigung usw.

Ich halte es nun für gefährlich, für denselben Begriff zwei Ausdrücke zu gebrauchen, im Interesse der Klarheit vielmehr für dringend geboten, den im gesetzlichen Tatbestand gebrauchten Ausdruck für den Erfolg ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der übrigen Tatbestandsmerkmale stets anzuwenden. Die sprachliche Härte, die in dem letzteren Gebrauch der gesetzlichen Bezeichnung für den Erfolg außerhalb eines strafbaren Tatbestandes liegt, ist m. E. das geringere Übel gegenüber einer Begriffsverwirrung. Wir müssen uns also schon damit abfinden, auch die zweck- und vernunftgemäße Konsumtion von Vermögensstücken als »Vermögensbeschädigung« zu bezeichnen, auch wenn eine Täuschung des Vermögensinhabers nicht stattgefunden hat.

Man darf sich auch nicht durch den sprachlichen Reflex, den — wie ausgeführt — die anderen Tatbestandsmerkmale auf den Erfolg werfen, verführen lassen, diese Tatbestandsmerkmale noch einmal als Begriffsmerkmale des tatbestandsmäßigen Erfolges zu setzen[18]). Beim Betrug ist diese Verlegung der Probleme aus ihrem eigentlichen Schwerpunkt besonders beliebt, und es gibt kein Tatbestandsmerkmal dieses Vergehens, das in der Betrugslehre nicht gelegentlich noch auch als Begriffsmerkmal der Vermögensbeschädigung erschiene.

Liest man nach diesen Gesichtspunkten die besprochenen Ausführungen von Merkel, Binding und Olshausen durch, so wird man sehen, daß diese Autoren das sog. »ideale Äquivalent« gar nicht aus dem Begriff des Vermögens ableiten, sondern aus dem Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung. Weil sich die genannten Autoren wegen der sprachlichen Härte scheuen, bei mangelnder Täuschung von »Vermögensbeschädigung« zu sprechen, verlegen sie das in Wahrheit ein Motiv des Almosengebers bildende und somit methodologisch zu dem Tatbestandsmerkmale des erregten Irrtums gehörige ideale Äquivalent in den Begriff der Vermögensbeschädigung. Die Konstruktion des idealen Äquivalentes ist also nichts als die unbewußte Anerkennung der Kausalität eines Irrtums, der auf Verkennung idealer Momente beruht, und der für die Vermögensbeschädigung selbst dann kausal bleibt,

[18]) Z. B. indem man die Körperverletzung als rechtswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität definieren wollte.



wenn auch der Getäuschte die beschädigende Natur seiner Handlung kannte. Hegler[14]) trifft also den Nagel auf den Kopf, wenn er sagt: »Die .... Redewendung ...., der Gegner sei um ein ideales Äquivalent geprellt ...., enthält .... nur einen ungenauen und verschleiernden Ausdruck dafür, daß er nicht gegeben hätte, wenn er nicht über die Hilfsbedürftigkeit usw. getäuscht worden wäre.« Das Problem des Bettelbetruges sitzt also auf jeden Fall und ausschließlich im Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung.

2. Daß in den zur Erörterung stehenden Fällen die Täuschung für die Hingabe des Almosens conditio sine qua non sein kann, ist selbstverständlich. Wenn aber eine verbreitete Lehre, um zu diesem so selbstverständlichen Resultat zu gelangen, den absonderlichen Umweg über den Begriff der Vermögensbeschädigung und das ideale Äquivalent wählt, wenn immer und immer wieder das Vorhandensein dieses offensichtlichen Kausalzusammenhanges beteuert wird, so liegt darin ein bemerkenswertes Indiz dafür, daß in dem Problem des Kausalzusammenhanges noch eine unentdeckte Schwierigkeit vorhanden ist. Diese scheint mir Frank[15]) in einer kurzen Bemerkung, deren Feinheit in der Literatur leider unbeachtet geblieben ist, aufgedeckt zu haben. Frank verweist nämlich zur Begründung der Straflosigkeit des Bettelbetruges auf seine Ausführungen über die sog. Unterbrechung[16]) des Kausalzusammenhanges. Es ist nun heute communis opinio und ja schon aus den gesetzlichen Bestimmungen über Anstiftung und Beihilfe einfach zu beweisen, daß ein Erfolg dann nicht mehr im Sinne des Gesetzes als »verursacht« gilt, wenn der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Tat und Erfolg durch eine freie vorsätzliche Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen vermittelt wird. Das Wesen des Betruges ist nun, daß der Betrüger das fremde Vermögen beschädigt, indem er einen andern (den Getäuschten) durch Täuschung zu seinem Werkzeug macht[17]). Wenn nun der Getäuschte weiß, daß er sein Vermögen beschädigt, so scheint seine in Voraussicht des Erfolges vorgenommene Handlung die durch die Irrtumserregung eingeleitete Kausalkette zu unterbrechen. Die Handlung des Getäuschten würde beim Bettelbetrug somit das Ende der mit der Tatsachenvorspiegelung anhebenden Kausalreihe darstellen und zugleich eine neue selbständige Kausalreihe einleiten. Eine Zurückführung der durch die Almosenhingabe entstehenden Vermögensbeschädigung auf die Irrtumserregung erschiene hiernach unmöglich. — So etwa denke ich mir die Argumentation, die Frank mit seinem Hinweis auf die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges andeuten will.

Eine Widerlegung der Frankschen Ansicht ist bisher nicht versucht; die übliche Argumentation, daß bei Bettelbetrug die Täuschungshandlung

[14]) A. a. O. S. 438, Nr. 6. [15]) Bem. VI, 1 zu § 263.

[16]) Ich gebrauche diesen Ausdruck, der besser ist als sein Ruf, wohl wissend, daß er einer genauen Analyse nicht standhält.

[17]) Das kommt auch im gesetzlichen Tatbestand des § 263 zum Ausdruck, nach dessen Wortlaut es der Täter, nicht der überhaupt unerwähnte Getäuschte ist, der die Vermögensbeschädigung herbeiführt.



conditio sine qua non für die Vermögensbeschädigung ist, vermag die Schlußfolgerung Franks in keiner Weise zu entkräften.

Gegen die Franksche Argumentation spricht vielleicht der Umstand, daß in § 263 gerade die Herbeiführung eines Erfolges durch Benützung psychisch vermittelter Kausalität unter Strafe gestellt wird, und daß durch eine solche Spezialbestimmung die allgemeinen Regeln über die psychische Weiterleitung des kausalen Einwirkens aufgehoben sein mögen. Es ist demnach — so könnte man weiter gegen Frank einwenden — lediglich die Sonderbestimmung des § 263 anzuwenden, nach der der Betrüger das Vermögen eines andern durch Erregung »eines Irrtums« beschädigen muß, ohne daß als besondere Eigenschaft dieses Irrtums gefordert würde, daß er dem Getäuschten gerade die Schädigung verhüllte. Danach würde es nicht gerechtfertigt erscheinen, wegen eines Irrtums der letzteren Art eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges anzunehmen[18]). Manches mag für diese Argumentation sprechen; für zwingend halte ich sie nicht, will vielmehr den Nachweis versuchen, daß auch bei Anwendung der allgemeinen Regeln über die Verursachung durch psychische Vermittlung beim Bettelbetrug keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges anzunehmen ist.

Wir haben soeben gesehen, daß der Betrug ein Delikt ist, von dem man sagen kann, daß es begrifflich in mittelbarer Täterschaft begangen wird. Wir werden also die allgemeinen Regeln dafür, inwieweit der Getäuschte als Werkzeug des Täuschenden angesehen werden kann, und bei welcher Sachlage dagegen mit der Handlung des Getäuschten eine neue Kausalkette beginnt, in der Lehre von der sog. mittelbaren Täterschaft suchen müssen. Wir werden uns also fragen: ist denn bei Benützung eines Menschen, der den Erfolg (im engsten Sinne) seiner Tätigkeit kennt, aber sonst nur infolge einer Täuschung sich zu der betreffenden Handlung hergibt, mittelbare Täterschaft ausgeschlossen? Diese Frage läßt sich weder generell bejahen, noch verneinen. Das menschliche Werkzeug bleibt anerkanntermaßen trotz Voraussicht des Erfolges Werkzeug, solange in seiner Person nicht alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, die es zum Selbsttäter machen würden[19]). Mittelbare Täterschaft liegt danach insbesondere auch dann vor, wenn das Werkzeug zwar den Erfolg (i. e. S.) voraussah, aber nicht den erforderlichen dolus hatte, d. h. alle zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände kannte. Der Kausalzusammenhang zwischen dem psychischen Urheber und dem Erfolg ist also vorhanden, solange das menschliche Werkzeug auch nur einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstand nicht kennt[20]). Ein Irrtum, infolge dessen dem Werkzeug das Vorhandensein eines objektiven Tatbestandsmerkmales verborgen bleibt, hat demnach die Wirkung, daß der Kausalzusammen-

[18]) Ähnlich Hegler a. a. O.

[19]) v. Liszt, Lehrb., S. 223 zu 3; Wachenfeld, Lehrb., S. 196; es kann also z. B. trotz voller Voraussicht des Erfolges noch Werkzeug des psychischen Urhebers sein, wenn ihm fehlt: das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, die bei dem betreffenden Delikt erforderliche Absicht oder Beamteneigenschaft.

[20]) Insbesondere Wachenfeld, S. 195 zu 2a α.

hang zwischen dem psychischen Urheber und dem eingetretenen Erfolg aufrechterhalten bleibt, der psychische Urheber demnach als mittelbarer Täter erscheint. Sind dagegen in der Person des Werkzeuges sämtliche Tatbestandsmerkmale des betreffenden Deliktes vorhanden, und kennt es sämtliche zum Tatbestand gehörigen Tatumstände, so unterbricht seine Handlung den Kausalzusammenhang; ein Irrtum, welcher nicht die zum Tatbestande gehörigen Tatumstände zum Gegenstand hat, erscheint demnach bedeutungslos. Wer in solch unerheblichem Irrtum befangen einen Erfolg verursacht, unterbricht den Kausalzusammenhang zwischen dem psychischen Urheber und dem Erfolg; die Tätigkeit des psychischen Urhebers sinkt zur Anstiftung oder intellektuellen Beihilfe herab; z. B. erscheint derjenige als Anstifter, der ein Mädchen durch die falsche Vorspiegelung, ihr Geliebter hintergehe sie, zum Morde veranlaßt. Dagegen macht sich derjenige der Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft schuldig, der durch Täuschung der Behörde die Verhaftung eines Unschuldigen herbeiführt. Zum objektiven Tatbestande des Betruges gehört die Erregung eines Irrtums. Der Getäuschte sieht nun beim Bettelbetrug zwar den Erfolg i. e. S. seiner Handlung (nämlich die Vermögensbeschädigung) voraus; er weiß aber nicht, daß er die vermögensbeschädigende Handlung infolge einer Täuschung (irgendwelcher Art) vornimmt. Ihm fehlt also infolge der Irrtumserregung die Kenntnis des zum Tatbestand des Betruges gehörigen Tatumstandes eben dieser Irrtumserregung; seine Handlung ist also nicht geeignet, den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Betrügers und der Vermögensbeschädigung zu unterbrechen. Solange der Getäuschte im Irrtum verharrt, ist und bleibt er ein Werkzeug in der Hand des Betrügers.

Die herrschende Lehre hat also im Ergebnis recht, wenn sie beim Bettelbetrug den Kausalzusammenhang zwischen der Irrtumserregung und der Vermögensbeschädigung für gegeben hält.

II.

1. Dasselbe Problem, ob das Bewußtsein des Getäuschten, eine Vermögensbeschädigung vorzunehmen, den Kausalnexus zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung unterbricht, spielt auch in die Frage des Betruges bei unsittlichen und unerlaubten Rechtsgeschäften hinein. In mehreren Entscheidungen[21]) hat das Reichsgericht bei Entziehung baren Geldes durch die falsche Vorspiegelung, eine unsittliche oder unerlaubte Gegenleistung machen zu wollen, Vorliegen strafbaren Betruges für ausgeschlossen erachtet, weil der Getäuschte gewußt habe, daß die Gegenleistung wertlos sei, weil der Getäuschte also bewußt sein Vermögen selbst beschädigt habe. So heißt es in E. 36, 334 (343) von einer Schwangeren, der ein Betrüger unter der falschen Vorspiegelung, ein taugliches Abtreibungsmittel liefern zu wollen, einen Geldbetrag entlockt hatte: »Derjenige, welcher sich solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen läßt, muß als einer behandelt

[21]) E. 21, 161; Goltd. Arch. 46, 216; E. 36, 334 (343); Goltd. Arch. 54, 418.

werden, der sein Vermögen im Bewußtsein mindert, daß eine Gegenleistung im Rechtssinne unmöglich war.« In einer Goltd. Arch. 46, 216 veröffentlichten Entscheidung sagt das RG. von einem Getäuschten, der in Hoffnung auf Lieferung gefälschter Banknoten 180 Mark an den Betrüger gezahlt hatte: er »beschädigt sein Vermögen selbst«. Derselbe Gedanke wird in aller Schärfe von Binding[22]) dahin formuliert: Derjenige, der sein Eigentum aufgibt »für Erlangung oder Befriedigung einer von ihm als nichtig erkannten Forderung, schädigt .... sich selbst, und er wird nicht geschädigt«. Das Problem ist also wieder dasselbe wie beim Bettelbetrug. Daß die Vorspiegelung, eine unsittliche Leistung machen zu wollen, conditio sine qua non sein kann, für die Hingabe von Geld oder anderer Vermögensstücke durch den Getäuschten, läßt sich gar nicht bezweifeln; es fragt sich nur, ob nicht prinzipiell die in Kenntnis der beschädigenden Natur vorgenommene Handlung des Getäuschten den Kausalzusammenhang unterbricht. Wenn also die vereinigten Zivilsenate in dem Beschlusse E. 44, 216 (243 ff.) den Kausalzusammenhang zwischen Vermögensbeschädigung und Irrtumserregung deswegen für gegeben erachten, weil die Getäuschten ohne die falsche Vorspiegelung ihr Geld nicht hingegeben hätten, so haben sie den entscheidenden Punkt gar nicht berührt[24]). Nach dem oben bezüglich des Bettelbetruges Gesagten ist der Kausalzusammenhang deshalb gegeben, weil die Kenntnis des Getäuschten von der vermögensbeschädigenden Natur ihrer Handlung an sich nicht geeignet ist, den Kausalnexus zu unterbrechen, der letztere vielmehr dadurch hergestellt wird, daß die Getäuschten nicht wußten, daß sie durch einen Irrtum motiviert, also letzten Endes doch unfrei handelten.

---

[22]) Die wichtigste Literatur über dies Problem, das älter ist als der moderne Betrugsbegriff überhaupt, ist recht vollständig zusammengestellt in Clara Neidhard: Betrug, begangen durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen Gegenleistung. Heidelberger Diss., 1913. Nachzutragen wäre: Kohler: Zweifelhafte Betrugsfälle in Goltd. Arch. 60, 261, und Zeiler, ebenda S. 251. Die Entscheidung des Problems hängt von einer ganzen Reihe von Vorfragen ab. Eine systematische Übersicht über den status controversiae ist in vorliegender kleinen Abhandlung nicht am Platze, da hier nur der Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung interessiert.

[23]) Lehrb., S. 343, Nr. 5; stark abgeschwächt allerdings DJZ., 16, 563/4, wo es nicht mehr der Kausalnexus zu sein scheint, den Binding leugnen will, sondern die Täuschung über eine Tatsache im Sinne des § 263. Zu Unrecht beruft sich Binding an den angegebenen Stellen auf die Autorität Merkels. Dieser hat (Krim. Abhdlgn., II, 225) die Strafbarkeit des Betruges bei unsittlichen und unerlaubten Rechtsgeschäften, insbesondere auch das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung und der Verursachung dieser Vermögensbeschädigung durch die Irrtumserregung de lege lata prinzipiell anerkannt.

[24]) So mag es sich erklären, daß diese eingehend begründete Entscheidung nur bei denjenigen Autoren Zustimmung gefunden hat, die bereits vorher den in dieser Entscheidung vertretenen Standpunkt eingenommen hatten. (Vgl. Engelhard, Z. f. ges. StrRW.; Schumann, ebd. für die uns hier interessierende Teilfrage). Lediglich Frank hat unter dem Einfluß der Plenarentscheidung seinen Standpunkt etwas geändert (11.—14. Aufl., S. 480).

2. Wir haben beim Bettelbetrug gesehen, wie das Gefühl, den wahren Sitz des Problems nicht erkannt zu haben, zu der falschen Methode geführt hat, den Schwerpunkt der Untersuchung aus der Frage des Kausalzusammenhanges herauszuverlegen und das Problem auf dem Umweg über das ideale Äquivalent aus dem Begriff der Vermögensbeschädigung zu lösen. Ganz parallele Erscheinungen zeigen sich bei der Frage des Betruges bei unsittlichen und unerlaubten Rechtsgeschäften.

So entwickeln auch die vereinigten Zivilsenate in der genannten Plenarentscheidung einen neuen, extrem ökonomischen Begriff des Vermögens, obwohl das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung in dem entschiedenen Fall aus der über den Kausalzusammenhang getroffenen Teilentscheidung des Reichsgerichts bereits festgestellt werden konnte, ohne daß ein Eingehen auf den Begriff der Vermögensbeschädigung überhaupt notwendig gewesen wäre [25]). Denn ist die Täuschung kausal gewesen für die Hingabe des Geldes, die nach dem besprochenen Beschluß die Vermögensbeschädigung darstellt, so ist das Vermögen der getäuschten Frauen um das Eigentum an dem Gelde und (mangels einer geldwerten Gegenleistung) im Gesamtwerte um den gezahlten Geldbetrag kleiner geworden. Eine Vermögensbeschädigung liegt also vor, ob man nun den Vermögensbegriff ökonomisch als die Summe geldwerter Güter und das dem Individuum »fühlbare« auffaßt, oder ob man den Begriff des Vermögens rein juristisch als eine Summe von Rechten und Rechtslagen definiert. Eine Auseinandersetzung über den Vermögensbegriff des Plenarbeschlusses kann nicht in den Rahmen der vorliegenden Untersuchung fallen. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß hier (wie anderwärts) mit einer nicht ganz bis in die Tiefe dringenden Beurteilung des Kausalzusammenhanges zwischen Irrtumserregung und Täuschuug eine Erweiterung und Verflüchtigung des Vermögensbegriffes nach der nationalökonomischen Seite hin Hand in Hand geht.

Eine andere Art der Verlegung des Problems aus dem Kausalnexus in den Begriff der Vermögensbeschädigung, und zwar mehr nach dem Begriff der Beschädigung hin, findet sich in der älteren reichsgerichtlichen Rechtsprechung [26]), in der vielfach die Behauptung erscheint, die Vermögensbeschädigung bestehe nicht in der Hingabe der Leistung seitens des Getäuschten, sondern im Ausbleiben der Gegenleistung. Die gleiche Ansicht wird heute von Allfeld vertreten [27]). Da nun wegen der Nichtigkeit der unsittlichen und unerlaubten Rechtsgeschäfte (BGB. § 138) ein Anspruch des Getäuschten auf die Gegenleistung überhaupt nicht besteht, führt diese Argumentation zu einer prinzipiellen Negierung der Vermögensbeschädigung in solchen Fällen.

Gegen diese Konstruktion hat Kohler [28]) und neuerdings die besprochene Plenarentscheidung E. 44, 230 ff (238) ins Feld geführt, daß diese Ansicht, für die übrigens eine Begründung niemals gegeben worden ist, die Begehung eines Betruges durch Vorspiegelung einer

---

[25]) Gleicher Ansicht wohl Binding, DJZ.. 16, 558 zu 9 a. E.

[26]) E. 15, 315 (318); E. 37, 30; E. 37, 161.

[27]) Meyer-Allfeld, Lehrb., S. 546, Nr. 44.

[28]) Treu und Glauben im Verkehr, S. 45.

unmöglichen Gegenleistung (z. B. Vieh entzaubern, Geister beschwören) überhaupt ausschließen würde. Engelhard[29]) weist mit Recht darauf hin, daß bei Bettelbetrug kein Anspruch auf die Gegenleistung besteht, also auch dieser straflos sein müßte. Derselbe Autor macht auch darauf aufmerksam, daß das Ausbleiben der Gegenleistung überhaupt nie in Kausalzusammenhang mit der Handlung des Getäuschten stehe[30]). Diese letztere Bemerkung nähert sich bereits der prinzipiellen Erkenntnis des Problems: Die Vermögensbeschädigung ist als der tatbestandsmäßige Erfolg des Betruges notwendig eine Veränderung in der Außenwelt[31]); d. h. das Vermögen muß nach der Handlung des Getäuschten geringer sein, als es ohne die Täuschung gewesen wäre. Diejenigen Rechte oder Werte, die infolge der Täuschung im Vermögen fehlen, bilden die Vermögensbeschädigung. Das Ausbleiben der Gegenleistung ist aber etwas rein Negatives, ein absolutes Nichts, das nie den Erfolg eines materiellen Deliktes ausmachen kann. Etwas Reales ist allerdings die Gegenleistung selber, genauer, der Gegenstand der Gegenleistung; er ist nach herrschender Lehre[32]) unter Umständen geeignet, die eintretende Vermögensbeschädigung zu verhindern. Das ist aber auch alles. Es geht aber nicht an, alle jene Tatsachen, welche imstande sind, einen Erfolg zu verhindern, mit diesem Erfolg gleichzusetzen.

Der Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensbeschädigung wird nach dem Gesagten beim Betrug bei unsittlichen und unerlaubten Rechtsgeschäften dadurch nicht unterbrochen, daß der Getäuschte die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennt, und daß er darum die Vermögensbeschädigung als Erfolg seiner Handlung voraussieht.

III.

Das Problem der bewußt vorgenommenen vermögensbeschädigenden Handlung des Getäuschten wird auch in die bekannte Kontroverse darüber hineingezogen, ob der Begriff des Vermögens in § 263 StGB. als eine Summe von Rechten (Vermögen im juristischen Sinne)[33]) oder als die Wertsumme der wirtschaftlichen Güter einer Person (Vermögen im ökonomischen Sinne)[34]) zu verstehen sei, — wie mir scheint, sehr

---

[29]) Z. f. d. ges. StrRW., Bd. 30, S. 134, Note 3.

[30]) Gegen die Ansicht, daß das Ausbleiben der Gegenleistung die Vermögensbeschädigung beim Betruge darstelle, auch Hegler a. a. O., S. 421, Nr. 1, und (ausführlich, aber das richtige Resultat mit schwachen Gründen stützend) Schumann Die Anwendbarkeit der §§ 263 und 263, 43 RStGB. bei mangelndem Kondiktionsrecht des Getäuschten (Strafrechtl. Abhdlgn., Heft 138), S. 51 ff.; derselbe Z. f. d. ges. StrRW., Bd. 34, S. 183. [31]) Vgl. v. Liszt, Lehrb., S. 129.

[32]) Insbesondere E. 16, 1 ff., vgl. unten Note 33.

[33]) So die älteren Betrugstheoretiker, insbesondere Merkel, Krim. Abh., II, S. 98 ff., Köstlin, Abh., S. 141; von den modernen vor allen Binding, Lehrb., S. 341; ferner Finger, Lehrb. d. österr. Strafrechts, Bd. II, S. 567; Wachenfeld, Lehrb., S. 403; Rotering, GS. 60, 241 ff.

[34]) Gemeine Meinung. Das ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, dessen oben zitierte Plenarentscheidung E. 16, 1 für diese Frage grundlegend ist. Literatur bei Olshausen, Nr. 18, Abs. I und Nr. 22 zu § 263.

zu Unrecht. Aus dem ökonomischen Vermögensbegriff wird bekanntlich abgeleitet, eine Vermögensbeschädigung liege nicht vor, wenn der Betrogene für seinen Verlust ein so großes Äquivalent erhalte, daß eine Minderung des Gesamtwertes des Vermögens infolge der Täuschung nicht eingetreten sei. Mit dem juristischen Vermögensbegriff ist dagegen eine Berücksichtigung des Äquivalentes unvereinbar.

1. Der Referent zu E. 16, 1 [35]) geht davon aus, daß das Vermögen des einzelnen trotz der Menge von Geschäften des täglichen Lebens, die sein Inhaber vornimmt, und die regelmäßig in einem Austausch von Vermögenswerten bestehen, für gewöhnlich konstant groß bleibt. Der Referent meint darum, es sei absurd, zu sagen, daß bei allen diesen Geschäften des täglichen Lebens, die an sich zweifellos meist eine bewußte Aufgabe von Rechten enthalten, eine bewußte Vermögensbeschädigung des Vermögenssubjektes vorliege. Hierin sieht der Referent einen Beweis dafür, daß der Begriff der Vermögensbeschädigung enger zu fassen sei, daß also nicht jede Aufgabe von Rechten eine Vermögensbeschädigung herbeiführe, sondern nur solche Handlungen des Getäuschten, durch die das Vermögen in seinem Gesamtwert tangiert werde. Unterstellen wir selbst die (m. E. unrichtige) [36]) Prämisse, nach der das Vermögen des einzelnen durch fortgesetzt günstige Austauschgeschäfte im Normalfalle konstant hoch bleibt, als richtig, so ist die Argumentation des Referenten gleichwohl nicht schlüssig. Nach unseren Erörterungen über den Bettelbetrug handelt es sich hier nur um eine rein terminologische Schwierigkeit. Die Austauschgeschäfte des täglichen Lebens als bewußte Vermögensbeschädigungen zu bezeichnen, ist allerdings wieder eine sprachliche Härte; das sprachliche Unwerturteil ist aber sofort erklärt, wenn man die Fälle ins Auge faßt, in denen das Austauschgeschäft durch Täuschung herbeigeführt wird. Wollte man mit der Argumentation des Referenten Ernst machen, so könnte man — um auf ein oben gebrauchtes Beispiel zurückzukommen — sagen, es sei absurd, jede Beischlafsvollziehung oder sonstige, der Befriedigung des Geschlechtstriebes dienende Handlung des täglichen Lebens als »Unzucht« zu bezeichnen, der Begriff der Unzucht müsse also enger gefaßt werden; nach § 183 StGB. könne also nicht jede öffentliche, Ärgernis erregende Beischlafsvollziehung bestraft werden, sondern nur eine solche, die in besonders perverser Weise geschehe. In etwas abgeänderter Weise erscheint der Gedankengang des Referenten in dem Plenarbeschluß E. 16, 1 (4 oben), wenn es dort heißt, nicht jede durch Irrtum herbeigeführte Verfügung über Vermögensstücke könne eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 darstellen, denn, wenn das Gesetz von Beschädigung spreche, so müsse es doch noch etwas anderes meinen als den Kausalzusammenhang zwischen der Verfügung des Getäuschten und der Täuschung, denn dieser Kausalzusammenhang sei ja ohnedies im gesetzlichen Tatbestand schon zum Ausdruck gebracht. Hiergegen ist m. E. zu erinnern: ein Mehr als die Andeutung des

---

[35]) GerS. 42, 321 ff. (359).

[36]) Vgl. unten zu IV und Note 40 daselbst.

Kausalwechsels zwischen Irrtum und Verfügung steckt in dem Wort »beschädigt« auf jeden Fall; in diesem Wort ist nämlich vor allem noch das Ergebnis der kausalen Entwicklung, der Erfolg des Deliktes, nämlich der Begriff der »Veränderung« enthalten. Daß die »Veränderung« mit Rücksicht auf ihre Stellung im Tatbestand des Betruges sprachlich mit dem tadelnden Ausdruck »Beschädigung« bezeichnet wird, erscheint uns nun wohl nicht mehr erstaunlich. Der Begriff der Veränderung charakterisiert den Erfolg eines Deliktes in vielen Fällen erschöpfend; so ganz allgemein bei jenen Delikten, in denen — wie beim Betrug — Definitionsobjekt und geschütztes Rechtsgut (Schutzobjekt) identisch sind[87]).

Irgendeinen Rückschluß auf die Richtigkeit des ökonomischen Vermögensbegriffs und insbesondere auf die Theorie von der Bedeutung des Äquivalentes läßt die Betrachtung der bewußt vermögensmindernden Handlungen des Getäuschten nicht zu.

2. Peccatur et extra muros. Wie wir gesehen haben, ist es vom juristischen Standpunkt ganz unbedenklich, zu sagen, daß jedes Austauschgeschäft des täglichen Lebens eine Vermögensbeschädigung im juristischen Sinne mit sich bringt. Denn faßt man das Vermögen im juristischen Sinne auf, so ist der Erfolg begrifflich derselbe, ob jemand seine 30 Mark werte Uhr für 20, 30 oder 70 Mark verkauft, und ob er dazu durch Täuschung oder ohne eine solche gekommen ist: das Eigentum oder zum mindesten den Besitz an seiner Uhr hat er verloren, und das Äquivalent darf auf keinen Fall berücksichtigt werden. Diesen Standpunkt nehmen aber die Anhänger des juristischen Vermögensbegriffes keineswegs ein; sie verdunkeln vielmehr den Streitstand, indem sie das Tatbestandsmerkmal der Täuschung in den Begriff der Vermögensbeschädigung hineinnehmen, so daß nunmehr als Begriffsmerkmal der Vermögensbeschädigung im juristischen Sinne außer der Rechtsminderung noch das Postulat hinzutritt, daß diese Rechtsminderung durch Irrtum herbeigeführt sein muß. Charakteristisch ist in dieser Hinsicht eine Ausführung von Finger[88]), der sagt: »Jede Minderung des Bestandes des Vermögens ist eine Schädigung desselben. Wer einen andern bestimmt, Rechte zu übertragen, auf Forderungen zu verzichten usw., veranlaßt ihn zu Handlungen, durch welche der Bestand des Vermögens geändert wird. Nimmt der Verfügungsberechtigte die Disposition vor, weil er gewisse Voraussetzungen irrigerweise als vorhanden ansieht, die tatsächlich fehlen, dann ist er in seinem Vermögen geschädigt. Die eingetretene Veränderung der Vermögenslage war nicht gewollt. Wer für ein Pferd aus Affektionsinteresse 10000 Kr. zahlt, wiewohl dasselbe kaum die Hälfte des Wertes repräsentiert, hat das Äquivalent, für welches er sein Geld eintauschen wollte, tatsächlich erhalten — er hat keinen Schaden (im Rechtssinne) erlitten.« An anderer Stelle[89]) sagt Finger: »Im Rechtssinne liegt daher eine Schädigung vor, wenn die Disposition, welche von dem Getäuschten vorgenommen wurde, nur infolge der vorgespiegelten Voraussetzungen gewollt ist, wenn also eine

[87]) Vgl. Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, S. 100 und 279. Basel 1894.
[88]) Lehrb. d. österr. StrR., Bd. II, S. 569. [89]) Ebenda, S. 560.



Disposition vorgenommen wurde, die unter den tatsächlichen Verhältnissen nicht gewollt war — das Subjekt der Rechte wider Willen eine Einbuße erlitten hat.«

Auch Binding[40]) spielt die bewußt vermögensschädigenden Handlungen gegen den ökonomischen Vermögensbegriff aus, indem er ausführt, daß der Almosengeber wirtschaftlich gleich ärmer wird, ob der Bettler bedürftig war oder nicht, so daß es unzulässig sei, in diesen Fällen generell von Vermögensbeschädigung zu sprechen. Wir haben bei der Erörterung des Bettelbetrugs gesehen, daß hierin nur eine sprachliche Schwierigkeit, kein begrifflicher Widerspruch liegt. Auch Binding vermeidet diese sprachliche Unannehmlichkeit nur scheinbar dadurch, daß er die Verursachung durch Täuschung in den Beschädigungsbegriff mit hineinnimmt. Löst man den ersteren Begriff wieder aus dem Beschädigungsbegriff heraus, so kommt man wieder zu dem oben gefundenen Resultat, daß der Almosengeber eine Beschädigung des juristischen Vermögens erlitten hat, auch wenn er nicht getäuscht worden war.

Wir sehen, die Erscheinung der bewußt vermögensmindernden Handlung des Getäuschten ist auch nicht geeignet, ein Argument für die Richtigkeit des juristischen Vermögensbegriffes zu bilden.

IV.

Das Resultat unserer Untersuchung wäre demnach: **Die Unterscheidung, ob sich der Irrtum des Getäuschten auf den vermögensschädigenden Charakter seiner Handlung oder auf andere Umstände bezog, ist für die Entscheidung praktischer Betrugsfälle ebenso bedeutungslos, wie für die theoretische Erkenntnis des Betruges unfruchtbar.** Dieses aus dem positiven geltenden Recht gewonnene Ergebnis erscheint mir durchaus wünschenswert. Neben dem nutzbar angelegten Kapital und dem dauerhaften Genußvermögen setzt sich das Vermögen des Individuums aus Vermögensteilen zusammen, die — aus dem Einkommen mehr oder minder regelmäßig ergänzt — bestimmungsgemäß fortwährend aufgebraucht werden[41]). Gerade diese letzteren, ständig wechselnden Vermögensteile bilden bei den weniger begüterten Ständen die Hauptmasse des Vermögens des einzelnen[42]). Wer den Vermögensinhaber durch Täuschung dazu veranlaßt, diese Vermögensstücke nicht seinem Willen gemäß zu verbrauchen, greift ebenso in das geschützte Vermögen ein wie derjenige, der Kapitalvermögen dem Inhaber durch Verschleierung der vermögensbeschädigenden Natur seiner Handlungen entzieht. **Beide Fälle stehen in ihrer Strafwürdigkeit vollkommen gleich**[43]).

---

[40]) Lehrb., S. 356.

[41]) Lexis, Conrads Handwörterb. d. Staatswissensch., Bd. 8, S. 381.

[42]) Vgl. Schmoller, Grundr., Bd. II, S. 534.

[43]) And. Ansicht. Merkel, Krim. Abhdlgn., II, S. 214, Abs. II.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt vom Wirklichen Geheimen Rat, Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

1. Rechtsgrundsätze, betreffend das Gesetz v. 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand (Preuß. GS. 451), das Gesetz, betreffend Höchstpreise, v. 4. August 1914 (Fassung v. 17. Dezember 1914 u. 21. Januar 1915, RGBl. 339, 516, 25) und sonstige Kriegsnotverordnungen.

a) Gesetz über den Belagerungszustand v. 4. Juni 1851.

IV. StrS. U. v. 17. März 1916. g. P. 4 D 705/15.

§ 9 b in Verbindung mit StGB. § 40. Ein Pferd, das der Täter unter vorsätzlicher Übertretung eines auf Grund des § 9 b BZG. erlassenen Verbots des Militärbefehlshabers gekauft hat, ist kein Gegenstand, der durch ein vorsätzliches Vergehen hervorgebracht oder zur Begehung eines solchen Vergehens gebraucht oder bestimmt ist. Es ist Gegenstand der Straftat, nicht Erzeugnis der strafbaren Handlung oder Mittel zu ihrer Ausführung und unterliegt deshalb nicht der Einziehung im Sinne des § 40 StGB.

II. StrS. U. v. 18. April 1916. g. G. 2 D 734/15.

§ 9 b. Der Oberbefehlshaber in den Marken ist innerhalb der zu seinem Befehlsbereich gehörenden Bezirke des III. Armeekorps und des Gardekorps alleiniger Militärbefehlshaber i. S. des BZG.

III. StrS. U. v. 22. Mai 1916. g. K. 3 D 198/16.

§ 9 b. Wenn der Kommandierende General eine Anordnung des Kriegsministers bekannt macht mit dem Hinweis darauf, daß Zuwiderhandlungen dagegen nach § 9 b BZG. bestraft würden, so ist unbedenklich anzunehmen, daß hierdurch die Anordnung das Gepräge eines von ihm selbst im Interesse der öffentlichen Sicherheit erlassenen Verbots erlangt. Zuwiderhandlungen gegen die in der Anordnung erlassenen Verbote fallen demnach unter die Strafbestimmung des § 9 b BZG.

II. StrS. U. v. 6. Juni 1916. g. M. 2 D 140/16.

§§ 4, 9 b. Der Militärbefehlshaber kann in der nämlichen Bekanntmachung für verschiedene Tatbestände gleichzeitig Verordnungen nach den §§ 4 und 9 b BZG. erlassen.

III. StrS. U. v. 2. Oktober 1916. g. R. 3 D 378/16.

§§ 4, 9 in Verb. mit Landesherrl. VO. des Großherzogtums Mecklenburg-Schwerin vom 28. September 1915, betreffend Zuwiderhandlungen gegen Polizei-VO. während des Kriegszustandes (Reg.-Bl. Nr. 156) und Bekanntmachung des Stellvertretenden Kommandierenden Generals des IX. Armeekorps vom 28. Oktober 1915, betreffend die russischen Arbeiter, §§ 2, 4. — Die Vorschriften in §§ 2, 4 der zit.

Bekanntmachung v. 28. Oktober 1915 sind, soweit sie die vorübergehende Entfernung russischer Arbeiter aus dem Ortsbezirke ihrer Arbeitsstelle mit Übertretungsstrafen (Geldstrafe bis 60 Mk.) bedrohen, unter dem Gesichtspunkt der Polizei-Verordnung nach Mecklenburg-Schwerinschem Landesrecht als gültig anzusehen.

III. StrS. U. v. 24. Oktober 1916. g. M. 2 D 257/16.

§ 9b in Verb. mit VO. der Kommandierenden Generäle, betr. Bestandsanmeldung und Beschlagnahme von Metallen, vom 1. Mai 1915. § 6b, Nr. 2. Ebenso wie der Lieferant von Rohmetallen ohne Belegschein nicht liefern darf, darf auch der Beziehende ohne Hingabe eines Belegscheins Rohmaterial nicht entnehmen. Eine Nachlieferung der Belegscheine macht den Verstoß nicht ungeschehen.

b) RGes., betr. Höchstpreise, vom 17. Dezember 1914/21. Januar 1915.

I. StrS. U. v. 8. Mai 1916. g. K. 1 D 111/16.

§ 6. a) Eine Höchstpreisfestsetzung gilt auch für einen Kaufvertrag, der innerhalb ihres Geltungsbereichs durch Übergabe der verkauften Ware, Abnahme derselben oder Zahlung des Kaufpreises erfüllt wird. **b)** Falls nicht erkennbar etwas anderes gemeint ist, gilt eine Verordnung, welche für Mehl Höchstpreise festsetzt, auch für ausländisches und für inländisches von der Beschlagnahme nicht betroffenes Mehl.

I. StrS. U. v. 21. September 1916. g. W. 1 D 327/16.

§ 6. Der Höchstpreis ist dann nicht einzuhalten, wenn die davon betroffene Ware nach außerhalb nach Orten, wo die Höchstpreisfestsetzung nicht gilt, verkauft wird. Maßgebend ist nicht der Ort des Vertragsabschlusses, auch nicht schlechthin der gesetzliche Erfüllungsort, sondern der davon möglicherweise verschiedene Ort der Ablieferung, der Ort, an dem die Ware aus der Hand des Verkäufers in die des Käufers übergehen soll, der Käufer sie zu übernehmen hat.

IV. StrS. U. v. 21. September 1916. g. G. 4 D 600/16.

§ 6 Nr. 1 in Verb. mit VO. des BR. über die Regelung der Butterpreise vom 22. Oktober 1915 (RGBl. 689) und Bekanntmachung des RK. über die Festsetzung der Grundpreise für Butter und die Preisstellung für den Weiterverkauf vom 24. Oktober 1915 (RGBl. 705). — **Nr 2.** Die Nr. 2 der zit. Bekanntmachung vom 24. Oktober 1915 enthält nur Normativbestimmungen für die Höchstpreisfestsetzungen durch andere Stellen, ist aber nicht selbst als eigene Festsetzung von Höchstpreisen für den Weiterverkauf anzusehen.

c) Sonstige Kriegsnotverordnungen.

1. Verordnung des Bundesrats betr. Zahlungsverbot gegen Frankreich, vom 20. Oktober 1914 (RGBl. 443).

I. StrS. U. v. 26. Oktober 1916. g. M. 1 D 332/16.

§ 1, 6 Nr. 1. Auch Zahlungen, die ein im Inlande lebender Ausländer aus Mitteln macht, die aus einem französischen Unternehmen stammen und niemals in Deutschland gewesen sind — Anweisungen an eine Schweizer Bank —, fallen unter das Gebot.

---

2. Verordnung des Bundesrats, betr. Höchstpreise für Wolle und Wollwaren, vom 22. Dezember 1914 (RGBl. 545).

II. StrS. U. v. 24. Oktober 1916. g. H. 2 D 326/16.

§ 3. Militärtuch im Sinne der VO. ist nur ein aus reiner Wolle hergestelltes Tuch.

---

3. Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Brotgetreide und Mehl aus dem Erntejahre 1915 vom 28. Juni 1915 in der Fassung vom 23. Juli 1915 und 19. August 1915 (RGBl. 363, 461, 508).

III. StrS. U. v. 10. Juli 1916. g. R. 3 D 275/16.

§ 9 Nr. 4. Unter den Begriff der Verwendung von als Saatgetreide erworbenem Brotgetreide »zu anderen Zwecken« im Sinne des § 9 Nr. 4 a. O. fällt jede Handlung des Erwerbers, durch welche das Saatgetreide der Aussaat entzogen und einem anderen Zwecke zugeführt wird, insbesondere auch eine Weiterveräußerung für andere als Saatzwecke.

---

4. Verordnung des Bundesrats vom 23. Juli 1915 gegen übermäßige Preissteigerung (RGBl. 467).

IV. StrS. U. v. 14. April 1916. g. T. 4 D 166/16.

§ 5 Nr. 1. Für den Begriff des übermäßigen Gewinns im Sinne des § 5 a. O. ist nicht nur die Marktlage in Rücksicht zu ziehen, sondern es sind auch die persönlichen Verhältnisse und Umstände bei dem Verkäufer, insbesondere die tatsächlich von ihm aufgewendeten Gestehungskosten, zu beachten.

III. StrS. U. v. 8. Mai 1916. g. H. u. Gen. 3 D 136/16.

§ 5 Nr. 1. Für eine sinngemäße Anwendung des Grundsatzes, daß von Höchstpreisfestsetzungen die ihrem Erlasse vorangegangenen Höchstpreisfestsetzungen nicht getroffen werden, ist beim Lebensmittelwucher kein Raum. Es findet deshalb die Strafvorschrift des § 5 Nr. 1 a. O. beim Vorliegen der sonstigen Tatbestandsmerkmale auch auf solche Verträge Anwendung, die noch vor Ausbruch des Krieges abgeschlossen sind.

I. StrS. U. v. 3. Juli 1916. g. B. 1 D 282/16.

§ 5 Nr. 1. Die VO. kann auch auf solche Waren Anwendung finden, deren Verkaufspreis der freien Preisbestimmung und Preisbildung überhaupt entzogen und unabhängig von der Lage des örtlichen Marktes mit vertraglicher Bindung für den Weiterverkäufer festgesetzt war, für deren Preisbemessung also die Marktlage ausgeschlossen war.

IV. StrS. U. v. 12. Mai 1916. g. C. 4 D 247/16.

§ 5 Nr. 1. Der § 5 Nr. 1 beschränkt sich nicht auf Nahrungsmittel im engeren Sinne, sondern kann auch reine Genußmittel betreffen, wenn diese Gegenstand des täglichen Bedarfs geworden sind, d. h. wenn sie solche sind, für die in der Gesamtheit des Volkes täglich ein Bedürfnis vorliegen kann, das Befriedigung erheischt. Auch Nahrungs- und Genußmittel von feinerer Zubereitung, die vorwiegend in begüterten Kreisen begehrt werden, gehören hierher. Preiswucher ist gegen Arme und Reiche in gleicher Weise



verboten. Nur ausnahmsweise genossene Leckerbissen (die eigentlichen Luxusartikel) sind nicht zu den Gegenständen des täglichen Bedarfs zu zählen.

IV. StrS. U. v. 27. Juni 1916. g. P. 4 D 329/16.

§ 5 Nr. 1. a) Gewinn im Sinne der VO. ist der Reingewinn. Dieser ist zu finden aus der Summe des Einkaufspreises der Ware oder ihrer Erzeugungskosten, der besonderen Betriebsunkosten für sie und der entfallenden Anteile an den allgemeinen Betriebsunkosten einerseits und dem Überschuß des Verkaufspreises über diese Summe andererseits. Hierbei sind überall die tatsächlich im Kriege aufgewendeten Beträge einzusetzen. b) Ob ein solcher Reingewinn übermäßig ist, ergibt sein Vergleich mit dem Reingewinn, den der Täter in Friedenszeiten bei normaler Marktlage als angemessen gezogen hat. Insoweit er diesen Friedensgewinn übersteigt, ist er übermäßig.

IV. StrS. U. v. 14. November 1916. g. P. u. Gen. 4 D 583/16.

§ 5 Nr. 1. StGB. § 54. a) Eine Notmarktlage, die nicht in gewinnsüchtiger Absicht ausgenutzt werden darf, wird nicht nur dann geschaffen, wenn durch besondere unlautere Preistreiberei der Verkäufer eine übermäßig hohe Preissteigerung oder eine besondere Warenknappheit herbeigeführt wird. Sie ist schon dann vorhanden, wenn die Warenknappheit gegenüber der stärkeren Nachfrage eine Folge des Krieges und der hierdurch verminderten Einfuhr oder verminderten Erzeugung oder verminderten Zugänglichkeit der Ware für den freien Verkehr ist. b) Ein Irrtum über die Bedeutung der Marktlage und darüber, daß diese berechtige, mehr zu fordern, ist unbeachtlicher Irrtum über das Strafgesetz.

IV. StrS. U. v. 30. Oktober 1916. g. P. 4 D 394/16.

§ 5 Nr. 1. Bei mehreren Verkäufen kommt es für die Frage, ob die Preisforderungen einen übermäßigen Gewinn enthalten, nicht auf den Durchschnitt des bei ihnen erzielten Reingewinns an, sondern immer nur darauf, welcher Gewinn aus den einzelnen Geschäften erzielt ist.

---

5. Verordnung des Bundesrats über die Errichtung von Preisprüfungsstellen und die Versorgungsregelung vom 25. September 1915 (RGBl. 607).

IV. StrS. U. v. 27. Juni 1916. g. P. 4 D 329/16.

a) Die VO. ist ein selbständiges Strafgesetz, dessen Unkenntnis nicht vor Strafe schützt. b) Die Preisankündigungen, die die VO. im Auge hat, gelten nur dann schlechthin als Preisforderungen nach § 5 Abs. 1 der VO. vom 23. Juli 1915 gegen übermäßige Preissteigerungen, wenn sie in einem Verzeichnisse sich befinden, dessen Aushang von der Preisprüfungsstelle angeordnet worden ist. Für einen etwa von der Polizei angeordneten Preisaushang trifft diese Gleichsetzung von Ankündigung und Forderung nicht ohne weiteres zu. c) Bei den Ankündigungen nach der VO. vom 25. September 1915 handelt es sich um ein Dauerdelikt.

---

6. Verordnung des Bundesrats über die Regelung der Butterpreise vom 22. Oktober 1915 (RGBl. 689).

V. StrS. U. v. 19. Dezember 1916. g. M. 5 D 542/16.

a) Die VO. des BR. ist ein eigenes, selbständiges Strafgesetz, nicht eine



bloße Verwaltungsanordnung. Der Irrtum über seine Bestimmungen ist somit unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum. b) Die auf Grund der VO. festgesetzten Höchstpreise erstrecken sich nicht nur auf Inlandsbutter, sondern auch auf Auslandsbutter, soweit solche nicht von der Zentral-Einkaufsgesellschaft bezogen ist und dementsprechend anderen Bestimmungen unterliegt. (Vgl. Bekanntmachung des RK. vom 15. November 1915, Reichs-Anz. Nr. 271, und vom 4. Dezember 1915, RGBl. 801.)

---

7. Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Stroh und Häcksel vom 8. November 1915 (RGBl. 743).

III. StrS. U. v. 20. November 1916. g. W. 3 D 395/16.

§§ 2, 9. Die Höchstpreisfestsetzung in § 9 der VO. bezieht sich auch auf solches Stroh, welches entgegen der Vorschrift in § 2 daselbst nicht vorher der Bezugsvereinigung der Deutschen Landwirte m. b. H. in Berlin zum Erwerb angeboten worden ist.

---

8. Allerhöchster Preußischer Erlaß vom 27. Januar 1916 und Allgemeine Verfügung des Justizministeriums von demselben Tage, betr. Niederschlagung von Strafverfahren gegen Kriegsteilnehmer und betr. Erlaß von Strafen gegen Kriegsteilnehmer (JMBl. 9, 10).

IV. StrS. U. v. 19. September 1916. g. M. 4 D 530/16.

a) Gnadenerlasse und die zu ihrer Ausführung ergangenen Verwaltungserlasse sind keine Rechtsnormen im Sinne des § 376 StPO. b) Aus dem Begriff und Wesen des Gnadenrechts ergibt sich aber die Rechtsnorm, daß durch einen Gnadenausspruch der verfassungsmäßig dazu berufenen Stelle der Strafanspruch des Staates erlischt und demgemäß weder eine Strafverfolgung noch eine Strafvollstreckung entgegen diesem Gnadenausspruch stattfinden darf. Es ist deshalb auch vom Revisionsgericht zu prüfen, ob die dem Angeklagten zur Last gelegten Straftaten unter Gnadenerlasse fallen. Dagegen schafft ein Gnadenausspruch weder einen »Strafausschließungsgrund« im Sinne des § 51 fl. StGB. noch Rechtskraft oder Verbrauch der Strafklage. c) Da in dem Erlasse vom 27. Januar 1916 die Taten, auf die er Anwendung finden soll, nach rechtlichen Gesichtspunkten bezeichnet sind, ist für ihre Anwendbarkeit derjenige rechtliche Gesichtspunkt entscheidend, unter dem zur Zeit des Erlasses die von dem Kriegsteilnehmer vor seiner Einberufung begangene Tat verfolgt wird.

---

9. Verordnung des Bundesrats zur Regelung der Preise für Schlachtschweine und für Schweinefleisch vom 14. Februar 1916 (RGBl. 99).

IV. StrS. U. v. 14. November 1916. g. Sch. u. Gen. 4 D 507/16.

§ 1. Irrtum über die Auslegung der Höchstpreisvorschriften im § 1 der VO. ist unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum, da die VO. eine auf Grund des § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des BR. zu wirtschaftlichen Maßnahmen usw. vom 4. August 1914 erlassene BRVO. ist, welche selbst die Kraft eines Reichsstrafgesetzes hat und ein Irrtum über den Sinn des § 1 sich also auf den Inhalt des Strafgesetzes selbst bezieht.

II. StrS. U. v. 14. November 1916. g. M. 2 D 325/16.

§ 1. Bei Bestimmung der für die Berechnung des zulässigen Höchstpreises maßgebenden Gewichtsklasse ist das wirkliche Gewicht jedes ein-

zelnen von mehreren zusammen verkauften Schweinen, nicht das nach der Stückzahl und dem Gesamtgewicht sich rechnerisch ergebende Durchschnittsgewicht zugrunde zu legen.

---

10. Verordnung des Bundesrats über Höchstpreise für Metalle vom 31. Juli 1916 (RGBl. 865).

II. StrS. U. v. 24. Oktober 1916. g. P. 2 D 318/16.

§ 1. Der Kaufpreis begreift regelmäßig sowohl die Kosten der Übergabe, wie auch insbesondere die Anschaffungskosten zur Ausführung der übernommenen Lieferung in sich. Abweichende Vereinbarungen, die an sich selbstverständlich statthaft sind, werden unter der Herrschaft der Höchstpreisgesetze zur Überschreitung des zugelassenen Höchstpreises.

2. Sonstige Entscheidungen der Strafsenate.

KO. § 240 Nr. 3. Wird nur zum Schein zwecks Verschleierung des wahren Sachverhalts ein Geschäft durch den Eintrag im Handelsregister auf den Namen eines anderen betrieben, während in Wahrheit der Angeklagte der Gewerbetreibende ist, auf dessen Rechnung die Handelsgeschäfte gehen, so ist gegebenenfalls der Angeklagte und nicht der formal angeführte Firmeninhaber als derjenige anzusehen, der seine Zahlungen eingestellt hat.

I. StrS. U. v. 11. Mai 1916. g. M. 1 D 164/16.

Aus den Gründen: In dem angefochtenen Urteil ist für erwiesen erachtet, unter der Firma Gebrüder M. Nachfolger habe der Angeklagte sein eigenes Handelsgewerbe betrieben, obwohl durch den Eintrag im Firmenregister die Witwe H. als Geschäftsinhaberin und der Angeklagte als deren Prokurist bezeichnet gewesen sei. Nur zwecks Verschleierung des wahren Sachverhalts sei durch den Eintrag im Handelsregister die Witwe H. vorgeschoben und als diejenige bezeichnet gewesen, auf deren Namen und Rechnung die im Geschäftsbetrieb vorkommenden Handelsgeschäfte gemacht würden, während in Wahrheit der Angeklagte der Gewerbetreibende gewesen sei, auf dessen Rechnung die Handelsgeschäfte gingen: alle Vereinbarungen zwischen ihm und der Witwe H. seien, abgesehen davon, daß diese dem Mißbrauch ihres Namens zustimmte, nur zur Täuschung Dritter bestimmt und nicht ernst gemeint gewesen, so namentlich auch die Bestellung des Angeklagten als Handlungsgehilfen und Prokuristen.

Durch eine Reihe von Beweisgründen ist diese Annahme im Urteil gestützt. Trifft sie zu, so ist mit Recht angenommen, daß der Zusammenbruch des Geschäfts für den Angeklagten die Einstellung der eigenen Zahlungen bedeutete. Denn gleichviel, ob und welche Ansprüche von den Geschäftsgläubigern gegen die Witwe H. aus ihrer Zustimmung zu dem Verfahren des Angeklagten geltend gemacht werden können, endgültig für die Zahlung und sonstige Erfüllung der im Geschäftsbetriebe erwachsenen Verbindlichkeiten verantwortlich ist der Angeklagte, alle Schulden belasten ausnahmslos sein Vermögen ohne Rücksicht darauf, ob die Gläubiger von ihm oder der Witwe H. oder von beiden zugleich für sich Zahlung verlangen können, wenn es richtig ist, daß die Rechtsverhältnisse in Wahrheit so gestaltet waren, daß der Angeklagte persönlich und für seine alleinige Rechnung das Handelsgewerbe betrieb. Ist er außerstande und hat er auf-

gehört, in der Allgemeinheit die Verbindlichkeiten zu erfüllen, die aus den von ihm für eigene Rechnung abgeschlossenen Handelsgeschäften erwachsen waren und deren Erfüllung — auch nach der Vereinbarung, die zwischen ihm und der im Firmenregister als Geschäftsinhaberin vorgeschobenen Witwe H. bestand —, ihm allein oblag, so ist er es, der seine Zahlungen eingestellt hat. Eine weitere Folge der Annahme der Strafkammer ist die, daß den Angeklagten persönlich die Verpflichtung zur Buchführung trifft und er daher im Falle der Zahlungseinstellung wegen Vernachlässigung dieser Pflicht strafbar ist; diese Vernachlässigung ist aber im Urteil festgestellt.

Hiernach hat das Urteil mit zutreffender rechtlicher Begründung und auf ausreichender tatsächlicher Grundlage den Angeklagten des Vergehens gegen § 240 Nr. 3 KO. für überführt erachtet. Das Rechtsmittel ist hiernach zu verwerfen.

StGB. § 263. Der Grundsatz der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, daß, falls durch Täuschung des Richters eine Entscheidung herbeigeführt wird, die in das Vermögensrecht einer Person nachteilig eingreift, der ursächliche Zusammenhang der Irrtumserregung mit der Vermögensbeschädigung, wie ihn der Tatbestand des Betrugs erfordert, gegeben wird, — gilt auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere für den Fall, daß der Nachlaßrichter infolge einer Irrtumserregung durch einen anderen einem Erbberechtigten die Erteilung des Erbscheins verweigert.

III. StrS. U. v. 19. Juni 1916. g. W. 3 D 251/16.

Aus den Gründen: Wird durch Täuschung des Richters eine Entscheidung herbeigeführt, die in das Vermögensrecht einer Person nachteilig eingreift, so ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts der ursächliche Zusammenhang der Irrtumserregung mit der Vermögensbeschädigung, wie ihn der Tatbestand des Betruges erfordert, gegeben. Das gilt auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere für den Fall, wo der Nachlaßrichter einem Erbberechtigten die Erteilung des Erbscheins verweigert, weil er von einer anderen Person über die Erbverhältnisse in Irrtum versetzt worden ist. Wenn der Erbschein auch nur eine frei widerlegbare Vermutung des Erbrechts begründet (BGB. § 2365), so genießt doch die im Erbschein bezeichnete Person den Vorteil, sich gegen jedermann bis zum Nachweise des Gegenteils auf diese Vermutung berufen zu können. Außerdem ist dem Erbschein in den §§ 2366 und 2367 das öffentlicher Glauben mit der Wirkung beigelegt worden, daß die darin als Erbe bezeichnete Person rechtsgültig über Nachlaßgegenstände verfügen und Leistungen auf Grund eines dem Nachlaß zustehenden Rechts entgegennehmen kann. Alle diese Befugnisse sind Bestandteile des Vermögens des Erben, die in seiner Person mit dem Erbanfall zur Entstehung gelangen. Der Erbschein bildet daher, auch für sich betrachtet, einen Vermögenswert, und seine Versagung begründet eine Schmälerung des Vermögens des Erben, wenn sie auch sein Erbrecht unberührt läßt. Der die Erteilung des Erbscheins ablehnende amtsgerichtliche Beschluß trat mit der Zustellung an die Antragsteller in Wirksamkeit, wenn ihnen auch die Beschwerde an das Landgericht zustand (§ 18 FGG.). Die Möglichkeit, im Beschwerdewege die Erteilung des Erbscheins durchzusetzen, vermochte den Eintritt des Schadens nicht abzuwenden, sondern nur den eingetretenen zu beseitigen.

Die Annahme eines den Haupttätern zur Last fallenden vollendeten Betrugs ist daher nicht zu beanstanden.

StPO. § 48. Ein Mitbeschuldigter, gegen den bereits Anklage erhoben, aber noch nicht das Hauptverfahren eröffnet ist, kann in der Verhandlung gegen die übrigen Mitbeschuldigten als Zeuge vernommen werden.

II. StrS. U. v. 20. Juni 1916. g. M. 2 D 203/16.

Aus den Gründen: Die Prozeßrüge ist unbegründet. Aus den Akten ergibt sich, daß gegen den Beschwerdeführer, den Zeichner E. und den Geschäftsleiter W. Anklage wegen gemeinschaftlichen Vergehens gg. §§ 110, 130 StGB. und § 9 b BZG. in Verbindung mit der Bekanntmachung des Oberbefehlshabers in den Marken v. 31. Juli 1914 erhoben war. Das Hauptverfahren ist jedoch, weil E. und W. zum Heere einberufen wurden, bisher nur gegen den Beschwerdeführer eröffnet worden. Die Hauptverhandlung hat sich demnach auch nicht mit gegen W. gerichtet. Seiner Vernehmung als Zeuge stand bei dieser Sachlage nichts im Wege. Rechtspr. **5** 528 und FS. v. 23. Juli 1914. 2 D 665/14. In der Hauptverhandlung kann als Zeuge jeder vernommen werden, der nicht Angeklagter ist, also auch ein Mitbeschuldigter, gegen den zwar ebenfalls bereits Anklage erhoben, aber noch nicht das Hauptverfahren eröffnet worden ist.

Auf das ihm nach § 54 StPO. zustehende Recht der Auskunftsweigerung brauchte der Zeuge W. nicht hingewiesen zu werden. Entsch. **10** 154; Rechtspr. **3** 350.

StGB. § 329. Zum Begriff des Schadens im Sinne obiger Vorschrift.

III. StrS. U. v. 26. Juni 1916. g. W. 3 D 205/16.

Aus den Gründen: Der Vertrag vom 9. November 1914 auf Lieferung von 240 Mastschweinen zur Deckung der Bedürfnisse der Deutschen Marine während des gegenwärtigen Krieges, wegen dessen Nichterfüllung die Angeklagte verurteilt worden ist, wurde nach den Feststellungen des Urteils abgeschlossen einerseits von dem Reichsmarineamt, andererseits von dem Ehemann der Angeklagten W. Das Reichsmarineamt ist eine Behörde im Sinne des § 329 StGB.

Dieser Vertrag ist jedenfalls nach der ihm von der erkennenden Strafkammer bedenkenfrei gegebenen Auslegung bezüglich der Schweine, deren Eigentum an den Marinefiskus noch nicht übergegangen war, ein Lieferungsvertrag im Sinne des § 329 StGB.

Festgestelltermaßen waren 138 Schweine noch in der Mast, als der Ehemann W. am 9. April 1915 zur Fahne eingezogen wurde. Diese Schweine, die zur Ablieferung an die Marinebehörde angeschafft worden waren und zu deren Fütterung vom Militärfiskus auch das nötige Futter geliefert, an denen aber das Eigentum auf den Fiskus noch nicht übertragen worden war, verkaufte die Angeklagte Ende Juni und Anfang Juli 1915 an den Kommissionär E. in A. um 113—132 Mk. für den Zentner, während sie vertragsgemäß von der Militärbehörde nur 62 Mk. für den Zentner hätte beanspruchen können. Die Schweine sind dem E. geliefert worden. Eine Ersatzlieferung an die Militärbehörde ist nicht erfolgt.

Die auf Grund dieses Sachverhaltes erfolgte Verurteilung der Ehefrau Charlotte W. wegen fahrlässigen Vertragsbruchs ist nicht bedenkenfrei. Wie schon dargelegt, ist zwischen dem Reichsmarineamt und dem Ehemann W. ein rechtswirksamer Vertrag auf Lieferung von 240 Stück Mastschweinen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Marine während des gegenwärtigen Krieges abgeschlossen worden. Die Angeklagte war von den

Verpflichtungen ihres Ehemanns aus diesem Vertrage genau unterrichtet, sie kannte auch die Tatsache, daß der Vertrag mit einer Behörde abgeschlossen war, seinen Zweck und die Lieferungszeit. Ihr Ehemann hat ihr bei seinem Fortgange zum Militär die weitere Ausführung des Vertrages, insbesondere das Liefern der gemästeten Schweine an die Militärbehörde übertragen. Sie hat auch die Vertretung ihres Ehemannes in seinem Berufe als Schweinemäster übernommen und hatte, wie das angefochtene Urteil zutreffend hervorhebt, kraft der ihr erteilten Vollmacht den erwähnten Vertrag mit der Militärbehörde (Fiskus) zu erfüllen. Gegen sie sind insoweit die tatsächlichen Voraussetzungen des § 329 Abs. 3 StGB. ausreichend nachgewiesen, da sie als Bevollmächtigte ihres Ehemannes anzusehen ist.

Das erkennende Gericht legt der Angeklagten nur fahrlässiges Handeln zur Last, das darin gefunden wurde, daß sie in der Besorgnis, es könne bei ihren Schweinen, von denen das eine oder andere schlecht gefressen habe, eine Krankheit ausbrechen, an E. verkaufte und sich hierdurch der Möglichkeit der Vertragserfüllung an die Militärbehörde beraubte. Es wird aber als nachgewiesen angesehen, daß die Schweine gesund waren und auch den Preis gesunder Schweine gebracht haben. Die Besorgnis der Angeklagten war also unbegründet, und dies wäre von ihr erkannt worden, wenn sie die nach der obwaltenden Sachlage erforderliche, ihr auch zumeßbare Sorgfalt angewendet und einen sachverständigen Tierarzt hiervon verständigt hätte. Nach dieser tatsächlichen Annahme hat die Angeklagte in Kenntnis des Vertragsgegners, des Vertragsinhalts und des Vertragszweckes fahrlässig die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung durch Weiterveräußerung der zu liefernden Schweine herbeigeführt.

Bedenken liegen aber vor, insoweit das Vordergericht als nachgewiesen erachtet, daß durch die Handlung der Angeklagten für die Marine ein Schaden entstanden sei. Ersichtlich geht es von der Annahme aus, Schaden im Sinne des § 329 Abs. 2 StGB. sei auch dann gegeben, wenn nur ein reiner Vermögensschaden entstanden ist. Das ist rechtsirrig. Wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung — vgl. Entsch. **49** 94, 108 — angenommen hat, ist unter Schaden im Sinne dieses Gesetzes kein solcher zu verstehen, der im bloßen Unterbleiben der rechtzeitigen oder vertragsmäßigen Leistung, in dem bloßen Nichthaben der geschuldeten Güter besteht oder in dem bloßen Vermögensnachteil, der dem Fiskus für anderweite Beschaffung dieser geschuldeten Güter etwa erwächst, vielmehr muß der Schaden ein solcher sein, welcher darüber hinaus für die Heeresmacht des Staates eingetreten ist. Worin im einzelnen Fall dieser Schaden besteht, ist Tatfrage. Jede nachteilige Wirkung auf die Schlagfertigkeit oder Handlungsfähigkeit des Heeres oder der Marine, jede die Kriegsmacht des Staates irgendwie schmälernde und beeinträchtigende Einwirkung ist hierzu geeignet, sei es, daß ein Mangel oder sichtbare Erschwerung in der Verpflegung oder der Zuführung von Heeresbedarf eingetreten ist, sei es, daß die Heeres- oder Marineleitung zu Maßnahmen veranlaßt wurde, die sie nur mit Rücksicht auf die Nichterfüllung des Vertrags getroffen hat. Eine Prüfung, ob ein solcher Schaden eingetreten ist, hat das Vordergericht nicht vorgenommen, das erkennbar nur einen Vermögensschaden, bestehend in dem Unterschiede des vertragsmäßigen Preises mit dem Marktpreise zur Zeit der Lieferung, als gegeben erachtet.

StPO. § 264; StGB. §§ 350, 354, 358, 359, 59. 1. Bei Eröffnungsbeschluß aus § 354 StGB. und Verurteilung aus §§ 350, 358, 359 das. ist neben dem Hinweis auf § 350 ein besonderer Hinweis auf Anwendbarkeit der §§ 358, 359 nicht erforderlich. 2. Die Annahme als »Postaushelfer« bewirkt nach der Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie nicht ohne weiteres die Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses. Ist dem Angenommenen aber die Bestellung von Briefen mit Zustellungsurkunde und die Beurkundung von Zustellungen übertragen, so liegt hierin die Übertragung öffentlich-rechtlicher Funktionen. 3. Irrtum des Täters über seine Eigenschaft als Beamter bei Kenntnis der Tatumstände, auf denen diese Eigenschaft beruht, ist unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum.

I. StrS. U. v. 3. Juli 1916. g. P. 1 D 301/16.

Aus den Gründen: I. Zur prozessualen Rüge. Der Eröffnungsbeschluß ist auf Grund des § 354 StGB. erlassen worden. Nach dem Sitzungsprotokoll wurde der Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß seine Verurteilung auch auf Grund des § 350 StGB. erfolgen könne. Ein besonderer Hinweis, daß die §§ 358 und 359 StGB. gleichfalls zur Anwendung kommen könnten, war nicht erforderlich. Bei Anwendung des § 358 StGB. handelte es sich um eine Nebenstrafe, auf deren Zulässigkeit der Angeklagte bereits durch die Anführung des § 354 StGB. aufmerksam gemacht worden war (vgl. Entsch. **5** 138, **10** 140). § 359 StGB. ist kein anderes Strafgesetz im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO. Er enthält keine Abweichung von den Bestimmungen der §§ 350 und 354 StGB., sondern eine Erläuterung derselben. Eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes wird durch die Anwendung des § 359 StGB. nicht bewirkt. Entsch. **4** 40.

II. Zur materiellen Rüge. Der Begriff des Beamten im Sinne der §§ 350 und 354 StGB. ist gesetzlich bestimmt durch die Vorschrift in § 359 StGB. Die Anstellung im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats kann erfolgen entweder unmittelbar durch die vertragsmäßige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses oder mittelbar durch Übertragung öffentlich-rechtlicher Funktionen (vgl. Entsch. **16** 379, **31** 293, **35** 327, **49** 113, Entsch. Z. **84** 368). Nach der Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie bewirkt die Annahme als Post-Aushelfer nicht die Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses (vgl. Goltd. Arch. **58** 174, Entsch. **49** 112). Diese Aushelfer, welche nur zur Deckung eines vorübergehenden Bedürfnisses beschäftigt werden (Abschnitt X Abs. 1, § 96), gehören zu den »sonstigen, nicht im Beamtenverhältnis stehenden Personen«, deren Dienststellung durch Abschnitt X Nr. 8 näher geregelt ist. Infolgedessen werden sie auch nicht — wie die Postunterbeamten — beeidigt (§ 110 Abs. 4, § 7 a); nur diejenigen Aushelfer, die mit Postsendungen oder Telegrammen »Befassung haben«, sind durch Handschlag zur Amtsverschwiegenheit, insbesondere zur gewissenhaften Beachtung des Post- und Telegraphen-Geheimnisses, und zur treuen Erfüllung ihrer Obliegenheiten zu verpflichten. Im vorliegenden Falle hat der Angeklagte durch seine Annahme als Aushelfer die Eigenschaft eines Postbeamten nicht erworben. Die Strafkammer hat jedoch tatsächlich festgestellt, daß dem Angeklagten die Bestellung von Briefen mit Zustellungsurkunden und die Beurkundung von Zustellungen übertragen worden ist. Eine solche Übertragung war nach der erwähnten Dienstanweisung zulässig (Abschnitt X Nr. 8, § 113 Abs. 3). Die Erteilung des Auftrags zur Be-

urkundung von Zustellungen enthält zweifellos die Übertragung öffentlichrechtlicher Funktionen (vgl. Entsch. **49** 113). Ob auch die Besorgung von Einschreibebriefen, Geldbriefen und Postanweisungen als Ausfluß eines öffentlichen Amtes anzusehen ist (Goltd. Arch. **58** 174, Leipz. Z. **10** 821), mag dahingestellt bleiben. Hiernach läßt die Feststellung, daß der Angeklagte Beamter bzw. Postbeamter gewesen ist, einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Auch sonst gibt das angefochtene Urteil zu durchgreifenden Bedenken in rechtlicher Beziehung keinen Anlaß. Wenn der Angeklagte Beamter war, so hat er die Briefe, deren Eröffnung und Unterschlagung ihm zur Last gelegt ist, in amtlicher Eigenschaft empfangen. Die Strafkammer hat nicht ausdrücklich festgestellt, daß der Angeklagte seine Eigenschaft als Beamter gekannt hat. Allein diese Kenntnis ist schon dann vorhanden, wenn der Angeklagte die Tatumstände kannte, auf denen seine rechtliche Eigenschaft als Beamter beruhte (Goltd. Arch. **58** 174, Leipz. Z. **10** 821). Daß der Angeklagte wußte, welche Amtsgeschäfte ihm übertragen waren, kann nach der Fassung der Urteilsgründe nicht zweifelhaft sein. — Hiernach ist die Revision als unbegründet zu verwerfen.

StGB. § 222. Zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen einem fahrlässigen Verhalten bei Behandlung eines Kranken und dem eingetretenen Erfolge genügt die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, daß bei sachgemäßer Behandlung die Möglichkeit einer Rettung des Kranken bestanden hätte.

III. StrS. U. v. 3. Juli 1916. g. D. 3 D 288/16.

Aus den Gründen: Auf die allgemeine sachliche Revisionsbeschwerde ist gemäß § 392 Abs. 2 StPO. das angefochtene Urteil nachgeprüft worden, diese Nachprüfung hat jedoch keinen dem Beschwerdeführer nachteiligen Verstoß aufgedeckt.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem fahrlässigen Verhalten des Angeklagten und dem eingetretenen Erfolge ist ohne erkennbaren Rechtsirrtum festgestellt worden. Nach den Ausführungen der Strafkammer trat der Tod der beiden Kinder infolge der fehlerhaften Behandlung durch den Angeklagten ein, und es würde, wenn die Kinder rechtzeitig in das Krankenhaus geschafft und dort in sachgemäße ärztliche Behandlung genommen worden wären, »mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit« die Rettung der Kinder möglich gewesen sein, »so gut wie positiv sicher wäre es aber wohl gewesen, daß eine wie auch immer geartete sachgemäße Krankenhausbehandlung das Leben der Kinder mindestens verlängert haben würde«. Diese Ausführungen erscheinen vollkommen ausreichend, um die Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zu rechtfertigen. Mehr als eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, daß bei sachgemäßer Behandlung des Kranken die Möglichkeit einer Rettung bestanden hätte, wird in Fällen wie dem vorliegenden zum Nachweise des ursächlichen Zusammenhangs vernünftigerweise nicht verlangt werden können; denn mit unbedingter, jeden Zweifel ausschließender Sicherheit werden Sachverständige und Gericht, wenn überhaupt, so doch nur in den seltensten Fällen festzustellen vermögen, daß der Kranke bei sachgemäßer ärztlicher Behandlung an seinem Leiden nicht oder doch später gestorben wäre.

StGB. § 141. In der Unterstützung eines Fahnenflüchtigen durch Geldmittel usw. während der Dauer der Entfernung von seinem Truppenteil ist dann eine vorsätzliche Beförderung der Desertion nicht zu erblicken, wenn die Unterstützungen nur zu dem Zwecke gewährt werden, dem Fahnenflüchtigen ohne Rücksicht auf seine Straftat und ohne Beziehung zu dieser, namentlich auch ohne erkennbare Rückwirkung auf die Möglichkeit ihrer Ausführung und Fortsetzung, sein allgemeines persönliches Fortkommen und seine Zukunft zu sichern.

I. StrS. U. v. 13. Juli 1916. g. B. 1 D 331/16.

Gründe: In dem angefochtenen Urteil wird einwandfrei nachgewiesen, daß der Sohn des Angeklagten als deutscher Soldat im Januar 1912 fahnenflüchtig wurde und es bis zum Jahre 1914 war und noch ist. Seine Entfernung von dem Truppenteil, dem er als Einjährig-Freiwilliger angehörte, scheint nach den Urteilsfeststellungen ohne Kenntnis und gegen den Willen des Angeklagten erfolgt zu sein. Demnächst hat der Angeklagte, obwohl er wußte, daß sein Sohn in der Absicht, sich dauernd dem Dienste im deutschen Heere zu entziehen, in Frankreich blieb, diesem auf sein Nachsuchen um Auslieferung des von der Mutter ererbten Vermögens, aus den Beständen des letzteren monatlich Geldbeträge von 200 Mk. zukommen lassen, um ihm die Fortsetzung seiner Studien zu ermöglichen; er hat ihm weiter die gewerbliche Verwertung einer für ihn angekauften Erfindung übertragen. Nach der nicht widerlegten Behauptung des Verteidigers sollen diese Zuwendungen allerdings erst erfolgt sein, nachdem der Angeklagte durch Bitten und Drohungen seinen Sohn zur Rückkehr zu bestimmen versucht und sich von der Aussichtslosigkeit dieses Unternehmens überzeugt hatte. Das Urteil gibt dafür keine Unterlage, erwähnt übrigens nicht einmal, in welchem Zeitpunkt die vorerwähnten Zuwendungen erfolgt sind, wann insbesondere die monatlichen Zuschüsse begonnen haben.

Da die Fahnenflucht als Dauervergehen zu gelten hat, sonach die Beförderung des Fernbleibens des Fahnenflüchtigen von der Truppe unter das Strafgesetz fällt (Entsch. **38** 417 und insbesondere **49** 275, wodurch erst die entgegenstehende Entsch. **6** 7 wirksam aufgegeben wird), so wäre die Verurteilung des Angeklagten dann nicht zu beanstanden, wenn ausreichend nachgewiesen wäre, daß die Verabfolgung der erwähnten Unterstützungen als Beförderung des Unternehmens des Fahnenflüchtigen, sich durch sein Fernbleiben auch weiterhin und dauernd der Erfüllung der Dienstpflicht zu entziehen, erfolgt wäre, also zu dem Zweck, die Durchführung dieses Unternehmens zu ermöglichen oder zu erleichtern. Im Urteil ist in dieser Beziehung nicht mehr gesagt, als daß der Angeklagte »bei den Unterstützungen die Absicht hatte, die Existenz seines Sohnes sicherzustellen, und damit zugleich die Folge seiner Handlungen, daß dem Sohn hierdurch das Fernbleiben von seinem Truppenteil erheblich erleichtert wurde, in seinen Vorsatz eingeschlossen hatte.«

Diese Feststellung genügt nicht, um die Unterlage für die Annahme einer vorsätzlichen »Beförderung« der Desertion zu bilden. Aus diesem Begriff ergibt sich notwendig, daß nur eine solche Unterstützung eines Deserteurs im Gesetz bedroht ist, die in Beziehung zu der Fahnenflucht als Straftat steht, die gerade darauf abzielt, den Zweck verfolgt, die Ausführung dieser Tat zu ermöglichen oder leichter und günstiger zu gestalten. Das trifft auf solche Unterstützungen nicht zu, die dem Fahnenflüchtigen — sei es immerhin während der Fortdauer seines strafbaren Verhaltens — zu dem Zwecke gewährt werden, um ohne Rücksicht auf seine Straftat

und ohne Beziehung zu dieser, namentlich auch ohne erkennbare Rückwirkung auf die Möglichkeit ihrer Ausführung und Fortsetzung, das allgemeine persönliche Fortkommen des Deserteurs günstiger gestalten, seine Zukunft sichern sollen. Durch Begehung der Fahnenflucht wird der Deserteur nicht recht- und friedlos, nicht jeder Verkehr mit ihm, nicht jede Förderung, die ihm persönlich zuteil wird, ist verboten und strafbar. So wenig der Fahnenflüchtige — abgesehen von den Wirkungen der ihm gegenüber zugelassenen Beschlagnahme — Einbuße an seinen Vermögensrechten erleidet, so wenig kann namentlich die von einem Dritten geschuldete Erfüllung seiner Rechtsansprüche, wenn sie den gesetzlichen Sicherungsmaßnahmen gegenüber möglich ist, den Leistenden strafbar machen, vorausgesetzt, daß nicht eben die Leistung die Beförderung der Tat bezweckt, also — denn das ist der Inhalt des Begriffs sowohl der Beihilfe wie der Beförderung — auf das Gelingen dieser Tat gerade abzielt. Solche Unterstützungen — seien es Almosen Mildtätiger, seien es die in Erfüllung rechtlicher oder natürlicher Verbindlichkeiten Angehörigen gewährten Unterhaltsbeiträge, die für die Tat als solche, für das Fernbleiben von der Truppe oder Dienststellung nicht ursächlich werden und nach dem Willen des Gebenden nicht ursächlich werden sollen, sind nicht strafbar, sie gehören nicht zu den Bestandteilen der Tat, mittels deren die Militärhoheitsrechte verletzt werden, mögen sie immerhin der Person eines strafbaren Täters zugute kommen. Ist das Fernbleiben des Deserteurs schon anderweit gesichert, hat er nach seinen Verhältnissen bereits freie Wahl, ob er zu seinem Truppenteil zurückkehren will oder nicht, nötigt ihn das Ausbleiben der Unterstützung nicht zur Rückkehr, und vermag es seine darauf bezügliche Entschließung überhaupt nicht zu beeinflussen, weiß das alles derjenige, der die Unterstützung gewährt, hält er die Rückkehr auch für den Fall der Nichtgewährung für ausgeschlossen, steht sein Handeln danach überhaupt nicht mehr in Beziehung zur Tat, die er nicht fördern will, und deren Aufhören er von der Vorenthaltung der Unterstützung nicht erwartet, so enthält die Gewährung der Unterstützung schon dem äußeren Tatbestand nach keine Förderung der Straftat, noch weniger ist sie als solche gewollt.

Die Urteilsfeststellungen schließen nicht aus, daß die Sachlage im vorliegenden Fall so gestaltet war. Wenn der Angeklagte, der von der unerlaubten Entfernung seines Sohnes keine Kenntnis hatte und demnächst nach Ermittlung seines Aufenthalts ihn angeblich erfolglos zur Rückkehr aufgefordert haben soll, in dem — nicht festgestellten — Zeitpunkt, in dem seine Unterstützungen begannen, den Fahnenflüchtigen verhältnismäßig gesichert im Ausland untergebracht wußte, und wenn ihm bekannt war, daß er, auch wenn ihm die Fortsetzung seiner Studien durch die väterlichen Zuschüsse nicht erleichtert und der Erwerb durch Verwertung der Erfindung nicht ermöglicht wurde, trotzdem nicht genötigt sei, zu seinem Truppenteil zurückzukehren, und daß er sich dazu auch freiwillig im Hinblick auf das Ausbleiben dieser Unterstützungen nicht entschließen würde, so hat er dadurch, daß er unabhängig hiervon ihm »seine Existenz« durch Gewährung einer beruflichen Ausbildung »sicherzustellen« unternahm, an dem Verbrechen der Verletzung der Militärhoheitsrechte des Reichs keinen Anteil. Nicht die Fahnenflucht als solche hat er gefördert, sondern in Erfüllung seiner rechtlichen oder natürlichen Pflichten seinem Sohn Geldmittel zur Verfügung gestellt, deren Vorenthaltung dessen Fernbleiben von der Truppe auch nicht unmöglich gemacht oder derart erschwert hätte, daß der Sohn sich zur Rückkehr entschlossen hätte.

Diese Gesichtspunkte, auf die in der Revisionsschrift zutreffend hingewiesen

wird, sind von der Strafkammer außer acht gelassen worden. Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

StPO. § 302. Die Bestimmung des § 302 setzt nur voraus, daß die den Geschworenen ins Beratungszimmer mitgegebenen Gegenstände ihnen in der Verhandlung als Beweismittel zur Besichtigung vorgelegen haben. Von wem sie herbeigeschafft und vorgelegt wurden, ist gleichgültig.

FS. U. v. 23. August 1916. g. E. 1 D 434/16.

Aus den Gründen: § 302 StPO. setzt nichts anderes voraus, als daß die den Geschworenen ins Beratungszimmer verabfolgten Gegenstände ihnen in der Hauptverhandlung als Beweismittel zur Besichtigung vorgelegen haben. Das traf bezüglich des Lageplanes und der nach der Behauptung der Revision von dem Zeugen M. in die Hauptverhandlung mitgebrachten Gipsabdrucke zu. Von wem sie herbeigeschafft und vorgelegt wurden, ist gleichgültig, dafern nur, wie nicht zu bezweifeln, ihre Einführung als Augenscheinsgegenstand in die Beweisaufnahme überhaupt mit Vorwissen und Genehmigung des Vorsitzenden oder des Gerichts geschah. Die von der Revision angezogene Entscheidung in Entsch. **37** 253 steht dieser Auffassung nicht entgegen.

Die Revision war nach alledem zu verwerfen.

StGB. §§ 176 Nr. 3, 182, 73. Die Bestimmungen der §§ 176 Nr. 3 und 182 a. O. stehen zueinander nicht im Verhältnisse der sogenannten Gesetzeskonkurrenz, vielmehr kommt gegebenenfalls ein einheitliches Zusammentreffen beider Delikte in Frage.

FS. U. v. 23. August 1916. g. Sch. 2 D. 333/16.

Aus den Gründen: Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Angeklagte Mitte Oktober 1913 mit der am 22. Juni 1900 geborenen Else H. den Beischlaf vollzogen, nachdem er sie nach anfänglichem Widerstreben dazu durch Mißbrauch seines Ansehens als Freund ihrer Familie und durch fortgesetzte Liebkosungen geneigt gemacht hatte. Wenn der erste Richter in dieser Handlung nicht die Vornahme einer unzüchtigen Handlung mit einem Kinde unter 14 Jahren, sondern die Verleitung zur Duldung unzüchtiger Handlungen erblickt, so läßt dies einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Denn die letztere Alternative des § 176 Nr. 3 StGB. umfaßt auch den Fall, wenn der Täter selbst und nicht ein Dritter die unzüchtigen Handlungen, zu deren Duldung das Kind verleitet wird, an ihm vornimmt, und wird gerade dann in Frage kommen, wenn, wie hier festgestellt, eine Verführung des Kindes zu der unzüchtigen Handlung vorausgegangen ist. Entsch. **20** 30.

Mit Unrecht macht die Revision geltend, daß der Angeklagte nicht aus dem § 176 Nr. 3 StGB., sondern allein aus dem § 182 StGB. zu verurteilen sei. Der Tatbestand des Vergehens nach § 182 StGB. — Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren zum Beischlafe — bildet keine besondere Gestaltung des Verbrechens der Verleitung von Kindern unter 14 Jahren zur Duldung unzüchtiger Handlungen — § 176 Nr. 3. Es besteht zwischen diesen beiden Strafgesetzen nicht das Verhältnis der sog. Gesetzeskonkurrenz mit der Folge, daß bei der Verführung eines noch nicht 14 Jahre alten Mädchens zum Beischlafe ausschließlich die Strafe aus dem § 182 StGB. zu erkennen wäre (vgl. Entsch. **46** 139).

Vielmehr kommt in einem solchen Falle ein einheitliches Zusammentreffen eines Verbrechens gegen § 176 Nr. 3 StGB. mit einem Vergehen gegen § 182 StGB. in Frage. Daß der erste Richter aber ein solches Zusammentreffen nicht angenommen hat, kann den Angeklagten nicht beschweren, da auch dann die Strafe nach § 73 StGB. aus dem § 176 Nr. 3 StGB. zu bestimmen gewesen wäre.

Hiernach ist die Revision unbegründet.

StPO. § 275 Abs. 2. Das Fehlen der Unterschrift eines Richters unter dem Eröffnungsbeschluß der Strafkammer macht den Beschluß nicht ungesetzlich. Die Unterzeichnung durch alle mitwirkenden Richter ist vom Gesetz nicht vorgeschrieben.

III. StrS. U. v. 21. September 1916. g. M. 3 D 329/16.

Gründe: Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, daß das Hauptverfahren von der Strafkammer in unvollständiger Besetzung eröffnet worden sei. Sie folgert das vielmehr nur aus der fehlenden Unterzeichnung des dritten Richters unter dem Beschluß. Allein, daß der Eröffnungsbeschluß v. 22. Mai 1916 von der Strafkammer gefaßt worden ist, geht aus der Unterschrift hervor. Die Unterzeichnung durch alle mitwirkenden Richter ist vom Gesetze nicht vorgeschrieben (zu vgl. Entsch. 1 210 und 403). Es wird auch die Vermutung für das gesetzmäßige Zustandekommen des Beschlusses nicht dadurch widerlegt, daß vor Eintritt in die Hauptverhandlung ein neuer Eröffnungsbeschluß erlassen worden ist. Denn das ist nach der zum Sitzungsprotokoll erfolgten Beurkundung geschehen, weil der Vorsitzende mitgeteilt hatte, »daß der Eröffnungsbeschluß v. 22. Mai 1916 nur zwei Unterschriften trage«. Er hat keineswegs erklärt, ein solcher sei überhaupt nicht ergangen, oder die beschließende Strafkammer sei nicht vorschriftsmäßig dabei besetzt gewesen. Jene Beurkundung ergibt aber zugleich, daß die das Hauptverfahren erneut eröffnende Strafkammer den Beschluß v. 22. Mai 1916 als schon vorhanden betrachtet hat, von dem sie erwähnte, er sei bereits zugestellt. Es war also ausschließlich die fehlende dritte Unterschrift, was zu dem Verfahren der Strafkammer Veranlassung gegeben hat.

Auf die Bemängelung des neuen Beschlusses v. 2. Juni 1916 und dessen fehlende Zustellung kommt daher nichts weiter an. Der Eröffnungsbeschluß v. 22. Mai 1916 ist denn auch laut Protokoll in der Hauptverhandlung verlesen worden.

Hiernach war das lediglich auf einen Mangel des Verfahrens gestützte Rechtsmittel, mit der aus § 505 Abs. 1 Satz 1 StPO. sich ergebenden Folge für den Kostenpunkt, als unbegründet zu verwerfen.

StGB. § 182. War ein zwischen dem Angeklagten und einem Mädchen gepflogener unzüchtiger Verkehr ein von dem Angeklagten angewandtes Mittel, das Mädchen zum Beischlaf zu verführen, so ist er für sich noch nicht geeignet, die Unbescholtenheit des Mädchens zu verneinen. Alle Handlungen, welche der Verleitung zum Beischlafe dienen, bilden schon Teile des Vergehens nach § 182 StGB.

II. StrS. U. v. 22. September 1916. g. J. 2 D. 204/16.

Aus den Gründen: Das Urteil stellt fest, daß der Angeklagte die 15jährige S. zu dem am 20. April 1911 vollzogenen Beischlafe verführt habe, spricht ihn aber frei, weil die Verführte nicht unbescholten gewesen

sei. Sie habe — nach seiner unwiderlegbaren Angabe zwei bis drei Wochen vorher — seinen Geschlechtsteil in den Mund genommen und daran geleckt. Diese ihre überaus schmutzige, ekelhafte, aktive Betätigung ohne Zwang lasse ihren Mangel an Ehrgefühl für die eigene geschlechtliche Reinheit erkennen, wenn sie auch in dieser Betätigung durch ein auf Erregung geschlechtlicher Lüsternheit hinzielendes, überaus verdammenswertes Verhalten des Angeklagten bestimmt worden sei. Wohl möglich sei es, daß der Angeklagte, als er mit ihr unzüchtige Handlungen vorgenommen, insbesondere mit ihr »auf französische Art« verkehrt habe, damit bezweckt habe, sie zu der späteren Beischlafsvollziehung geneigt zu machen, daß also der »französische« Verkehr ein Mittel der Verführung gewesen sei. Aber auch dann müsse dieser Verkehr, bei dem sie sich aus freien Stücken in einer geradezu ekelerregenden Weise aktiv betätigt habe, als eine so grobe, ihre Geschlechtsehre befleckende Unzüchtigkeit angesehen werden, daß ihr die Unbescholtenheit fortan abzusprechen sei.

Diese Ausführung ist nicht frei von Rechtsirrtum.

War der »französische« Verkehr ein von dem Angeklagten zur Verführung zum Beischlaf angewandtes Mittel, so war er zur Verneinung der Unbescholtenheit nicht geeignet. Denn die auf Beeinflussung des Willens zur Herstellung der Beiwohnung gerichtete Handlung des Angeklagten wendete sich gegen ein unbescholtenes Mädchen. Alle Handlungen, welche der Verleitung znm Beischlafe dienen, bilden Teile des Vergehens nach § 182 StGB. Eine Teilhandlung einer strafbaren Handlung kann nicht deren Strafbarkeit ausschließen. In Entsch. **32** 437 ist bereits ausgesprochen: Gelingt die Verführung erst in längerer Zeit, und tritt innerhalb dieser eine allmähliche Verminderung der bisher tadellosen sittlichen Eigenschaften des Mädchens ein, so kann der Verführer zu seiner Entlastung sich nicht darauf berufen, daß das Mädchen in dem Zeitpunkt, in welchem es seiner Verführung vollends erlegen ist, nicht mehr von der gleichen Unversehrtheit gewesen sei wie vor dem Beginn der Verführung.

Der Gebrauch der Worte, die S. habe »ohne Zwang«, »aus freien Stücken« sich in der ekelhaften Weise aktiv betätigt, hat keine entscheidende Bedeutung gegenüber den Aussprüchen, daß sie dazu durch ein auf Erregung ihrer geschlechtlichen Lüsternheit zielendes Verhalten des Angeklagten bestimmt worden sei.

Besteht die Möglichkeit, daß sie dazu bestimmt ist, damit sie weiterhin zur Beischlafsvollziehung geneigt werde, so fehlt der Beweis der Bescholtenheit, welcher (Goltd. Arch. **49** 134) die Freisprechung voraussetzt.

Hiernach ist der Revision der Königlichen Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit dem Antrage des Oberreichsanwalts stattzugeben.

StGB. §§ 218 Abs. 2, 44 Abs. 4. Ein Viertel von 6 Monat Gefängnis beträgt 45 Tage Gefängnis.

II. StrS. U. v. 22. September 1916. g. F. 2 D. 306/16.

Gründe: Das angefochtene Urteil läßt hinsichtlich des Schuldspruchs keinen Rechtsirrtum, insbesondere keine Verletzung des § 218 StGB. erkennen. Seine Begründung entspricht den Vorschriften des § 266 StPO. Inwiefern sonst formelles Recht verletzt sein soll, ist von der Revision nicht angegeben, die Rüge also unbeachtlich. (§ 384 Abs. 2 StPO.) —

Nur bei der Strafbemessung ist dem Landgericht ein Versehen unterlaufen. Es hat unter Annahme mildernder Umstände auf die »geringstmögliche« Strafe erkennen wollen und diese auf 7 Wochen Gefängnis be-

rechnet, sie beträgt aber tatsächlich nur 6 Wochen 3 Tage, nämlich gemäß § 218 Abs. 2 und, da nur Versuch vorliegt, gemäß § 44 Abs. 4 StGB. ein Viertel von 6 Monaten, also — den Monat im Falle des Abs. 4 a. O. 20 nach der Durchschnittsdauer von 30 Tagen gerechnet (Entsch. **5** 442 und **43** 320) — 180 : 4 = 45 Tage. Auf diesen Betrag war daher unter entsprechender Anwendung des § 394 Abs. 1 StPO. die erkannte Strafe herabzusetzen, im übrigen hingegen die Revision zu verwerfen. —

StPO. §§ 66, 369 Abs. 3. Das auf Grund des § 369 Abs. 3 StPO. stattfindende erstinstanzliche Verfahren der Strafkammer ist im Verhältnis zu dem vorausgegangenen Verfahren des Schöffengerichts als »dasselbe Hauptverfahren« im Sinne des § 66 StPO. anzusehen.

III. StrS. U. v. 25. September 1916. g. St. 3 D 304/16.

Aus den Gründen: Eine Verletzung des § 66 StPO. liegt nicht vor. Er ermächtigt das Gericht, statt der nochmaligen Vereidigung eines Zeugen ihn die Richtigkeit seiner Aussage auf den früher geleisteten Eid versichern zu lassen, wenn der Zeuge in demselben Hauptverfahren nochmals vernommen wird. Diese Voraussetzung war bezüglich der von der Strafkammer vernommenen, bereits in der früheren schöffengerichtlichen Verhandlung vereidigten Zeugen gegeben. Zwar hat die Strafkammer, wie die Revision richtig bemerkt, das jetzt angefochtene Urteil nicht als Berufungsgericht, sondern — wie sie selbst ausdrücklich hervorhebt — nach Abs. 3 des § 369 StPO. als Gericht erster Instanz erlassen. Trotzdem bildete auch die Verhandlung vor der Strafkammer nicht ein neues Hauptverfahren, sondern nur einen Teil eines und desselben, auf dem Eröffnungsbeschlusse v. 16. Oktober 1916 beruhenden und erst durch ein rechtskräftiges Urteil sein Ende findenden Hauptverfahrens. Das »Hauptverfahren« im Sinne des § 66 a. O. umfaßt das gesamte Verfahren vom Eröffnungsbeschlusse an bis zur Rechtskraft des Urteils; ein mehrfaches Hauptverfahren in einer und derselben Sache vor deren rechtskräftiger Aburteilung ist der Strafprozeßordnung fremd. Auch für die Verhandlung vor der Strafkammer war daher im vorliegenden Falle die Anwendbarkeit des § 66 a. O. nicht ausgeschlossen. In demselben Sinne haben sich für den gleichen Fall auch der erste und der zweite Strafsenat des Reichsgerichts ausgesprochen (vgl. Goltd. Arch. **53** 77 und das ungedruckte Urteil v. 18. Mai 1909 in 2 D 29/409).

StPO. § 264; StGB. § 329 Abs. 1 und 2. a) Notwendigkeit und Inhalt der Belehrung bei Anwendung des § 329 Abs. 2 StGB. statt Abs. 1 daselbst. b) zum Begriff des Schadens im Sinne des § 329 Abs. 2.

I. StrS. U. v. 25. September 1916. g. H. 1 D 358/16.

Aus den Gründen: Die Rüge einer Verletzung des § 264 StPO. ist begründet.

Das Hauptverfahren gegen den Angeklagten war aus § 329 Abs. 1 StGB. eröffnet, weil er einen Lieferungsvertrag über Bedürfnisse des Heeres zur Zeit eines Kriegs vorsätzlich nicht erfüllt hatte. Die Verurteilung des Angeklagten ist aus § 329 Abs. 2 StGB. erfolgt. Diese Gesetzesstelle stellt ein anderes Strafgesetz dar als das im Eröffnungsbeschluß bezeichnete. Denn es erfordert im Gegensatz zu § 329 Abs. 1, welcher bei vorsätzlichem Handeln die Gefährdung des Heeres ohne Rücksicht auf die eingetretene Folge als genügend ansieht, im Fall des fahrlässigen Handelns zur Be-

strafung auch einen bestimmten Erfolg, der in der Verursachung eines Schadens bestehen muß. Deshalb war die Beobachtung des § 264 Abs. 1 StPO. erforderlich. Diese Vorschrift ist aber nur beachtet, wenn der Angeklagte auf die Veränderung des in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen wurde. Die ihm zu gewährende Aufklärung mußte hier dahin gerichtet sein, daß ein Strafgeseß gegen ihn zur Anwendung kommen könne, welches ihn wegen fahrlässigen Handelns für einen von ihm verursachten Schaden zur Verantwortung ziehe. Die in der Hauptverhandlung erteilte Belehrung entsprach aber dieser Anforderung nicht. Es wurde ihm nur eröffnet, es könnte unter Umständen angenommen werden, daß er die Nichterfüllung des Vertrags durch Fahrlässigkeit verursacht habe. Das war nicht genügend. Es wurde dem Angeklagten weder der § 329 Abs. 2 StGB. bekannt gegeben, noch ihm in irgendeiner Weise erkennbar gemacht, daß ihm nunmehr auch eine Schädigung zur Last gelegt werde. Der Angeklagte vermochte sich hiernach nicht klarzumachen, um welche andere rechtliche Gestaltung seiner Tat es sich handelte, und war nicht veranlaßt, seine Verteidigung so einzurichten, daß sie das für den Tatbestand des § 329 Abs. 2 StGB. maßgebende Tatbestandsmerkmal einer Schadensverursachung umfaßte.

Auf dem Verstoß beruht aber das Urteil, weil das Gericht bei zweckentsprechender Verteidigung des Angeklagten zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen können.

Außerdem geht aber auch das Urteil, soweit es zur Annahme eines Schadens gelangt, von einer rechtsirrtümlichen Annahme aus. Es führt in dieser Beziehung aus, die Militärbehörde sei durch das Verhalten des Angeklagten abgehalten worden, sich einen Wagen Weißkraut rechtzeitig anderweit zu verschaffen, und sei genötigt gewesen, sich diese Ware später mit einem Schaden von 250 Mk. zu verschaffen. Damit ist der Begriff des Schadens nach § 329 Abs. 2 verkannt. Es wird nur ein der Militärbehörde zugegangener Vermögensschaden unterstellt. Wie aber Sinn und Zweck des § 329 Abs. 2 zeigt, genügt ein solcher nicht. Nicht auf einen Vermögensnachteil kommt es an, der dem Fiskus durch das Unterbleiben rechtzeitiger Leistung erwächst, sondern der Schaden muß ein solcher sein, der darüber hinaus für die Heeresmacht des Staates eingetreten ist. Es wird hierzu irgendeine Wirkung auf die Schlagfertigkeit und Handlungsfähigkeit des Heeres, eine die Kriegsmacht des Staates irgendwie schmälernde oder beeinträchtigende Einwirkung erfordert. In diesem Sinne ist die in der Rechtslehre bestrittene Frage vom Reichsgericht entschieden. Vgl. Urt. d. IV. Senats v. 26. Februar 1915. 4 D 1227/1914. Entsch. 49 94, insb. 99—108. Über den hiernach geforderten Schaden geben die Gründe der Strafkammer keine Auskunft.

Auch zufolge der sachlich-rechtlichen Beschwerde unterlag somit das Urteil der Aufhebung.

StGB. § 113. Die bisherige Ansicht des Reichsgerichts, daß der irrige Glaube: der Beamte, dem Widerstand geleistet wird, befinde sich nicht in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes, den Täter nicht vor Strafe schützt, wird auch nach neuerlicher Prüfung aufrechterhalten.

V. StrS. U. v. 26. September 1916. g. B. 5 D 336/16.

Aus den Gründen: Ein Verstoß gegen das Strafrecht und insbesondere eine Verletzung des § 113 StGB. ist nicht hervorgetreten.

Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt zwar an, § 113 StGB. dürfe gegen

den nicht angewendet werden, der, wennschon im Bewußtsein, einem zur Vollstreckung des Gesetzes berufenen Beamten in der Amtsausübung mit Gewalt Widerstand zu leisten gehandelt, dies aber in dem irrigen Glauben getan hat, die Amtsausübung sei nicht rechtmäßig. Das Reichsgericht hat aber stets angenommen, daß, wenn die Amtsausübung in Wirklichkeit rechtmäßig ist, der irrige Glaube an ihre Unrechtmäßigkeit für sich allein den Täter vor der Strafe des § 113 nicht schützt. An diesem Standpunkt hält auch der jetzt erkennende Senat nach neuerlicher Prüfung fest.

Der § 113 soll den Beamten bei ihrer rechtmäßigen Amtsausübung gegen Gewalt und Drohung besonderen Schutz gewähren und den Vollzug der Gesetze vor unberechtigtem Widerstande sichern. Das ist offensichtlich der Zweck des Gesetzes. Dieser Schutz der öffentlichen Gewalt wäre aber außerordentlich eingeschränkt, ja in vielen Fällen ganz vereitelt, wenn es jedem gestattet wäre, der rechtmäßigen Amtsausübung des Beamten durch Drohung mit Gewalt oder durch Gewalt Widerstand zu leisten, falls nur er sie für unrechtmäßig hält. Eine solche Einschränkung würde ein bei unseren Rechtszuständen und Lebensverhältnissen ganz außergewöhnliches, nur durch besondere Gefährdung der bürgerlichen Freiheit zu rechtfertigendes Schutzmittel für die Bevölkerung sein. Sie bedürfte darum als etwas dem gesamten sonstigen Rechtszustande Zuwiderlaufendes der ausdrücklichen Festsetzung im Gesetze. Da diese fehlt, so geht aus dem Gesetze selbst hinreichend deutlich hervor, daß die Einschränkung nicht gewollt ist. Die Anwendung des § 113 ist also nicht davon abhängig, daß der Täter die Amtsausübung des Beamten als rechtmäßig erkannt oder doch bewußt auf die Gefahr ihrer Rechtmäßigkeit hin gehandelt hat.

StGB. § 359 in Verbindung mit Hamb. Rev.-Ges. vom 2. November 1896 über die Organisation der Verwaltung §§ 21, 22. a) Nach hamburgischem Landesrecht ist die Vereidigung der Beamten nicht zum notwendigen Bestandteil ihrer Anstellung und damit zur Vorbedingung ihrer Beamteneigenschaft gemacht. b) Hilfsgefangenaufseher sind daher in Hamburg auch ohne Vereidigung als »Beamte« im Sinne des § 329 StGB. anzusehen.

III. StrS. U. v. 2. Oktober 1916. g. B. u. Gen. 3 D 393/16.

Aus den Gründen: Völlig zutreffend ist die Annahme der Strafkammer, die beiden angeklagten Hilfsgefangenaufseher M. und N. seien Beamte im Sinne des § 359 StGB. gewesen. Entscheidend für deren Beamteneigenschaft ist lediglich, ob sie rechtsförmlich im Dienste des hamburgischen Staates angestellt, d. h. von der zuständigen Amtsstelle zur Wahrnehmung solcher öffentlicher Funktionen, die unmittelbar oder mittelbar dem Staatszwecke dienen, in der erforderlichen Form berufen worden sind; hat eine solche rechtsförmliche Anstellung stattgefunden, so kommt es, wie der § 359 a. O. selbst ausdrücklich hervorhebt, für die Erlangung der Beamteneigenschaft nicht weiter darauf an, ob ein Diensteid geleistet wurde oder nicht, ob also auch eine eidliche oder eidesstattliche Verpflichtung stattfand oder nicht; Beamteneigenschaft war in diesem Falle auch ohne solche eidliche Verpflichtung bereits erlangt worden. Darüber, in welcher Form die Anstellung, d. h. die Übertragung des Amts, wirksam erfolgt, enthält das Strafgesetzbuch keine Bestimmungen; die Frage entscheidet sich nach den im gegebenen Falle einschlägigen Vorschriften der Reichs- oder Landesgesetzgebung, nach denen es sich insbesondere auch

bestimmt, ob die Vereidigung einen wesentlichen Bestandteil der Anstellung und aus diesem Grunde eine Voraussetzung der Beamteneigenschaft bildet (Entsch. **39** 95). Ebensowenig wie nun im Reichsrecht eine Vereidigung der Gefangen- oder Hilfsgefangenaufseher vorgeschrieben ist, hat auch das hamburgische Landesrecht deren Vereidigung zum notwendigen Bestandteile ihrer Anstellung und damit zur Vorbedingung ihrer Beamteneigenschaft erhoben. Dies ist insbesondere auch nicht durch die Vorschrift in § 22 Abs. 2 des hamburgischen revidierten Gesetzes v. 2. November 1896 über die Organisation der Verwaltung geschehen, wonach die Beeidigung der in Abs. 1 daselbst und in § 21 aufgeführten Beamten — darunter auch der Unterbeamten — durch den Vorstand der betreffenden Verwaltungsbehörde erfolgt. Denn diese Vorschrift bestimmt lediglich diejenige Stelle, von der die Beeidigung, sofern sie erfolgt, vorzunehmen ist. Aber weder hier noch an anderen Stellen des Gesetzes wird erkennbar zum Ausdruck gebracht, die Vereidigung sei in der Art wesentlich, daß vorher und ohne sie das übertragene Amt nicht ausgeübt werden könne, und sie bilde daher einen notwendigen Teil des Berufungsaktes selbst. Der in § 22 Abs. 2 a. O. vorgesehenen Vereidigung kommt daher — wie es in Zweifelsfällen auch der Regel entspricht — nur die Bedeutung zu, daß sie eine erhöhte Sicherheit für gewissenhafte Pflichterfüllung bieten soll (Entsch. **19** 181). Eine Vereidigung der beiden Hilfsgefangenaufseher M. und N. war somit für deren Beamteneigenschaft nicht erforderlich. Auch sonstige wesentliche, d. h. die Rechtsgültigkeit der Anstellung bedingende Formvorschriften sind im hamburgischen Landesrecht für die Anstellung der Unterbeamten nicht gegeben; beim Mangel solcher Formvorschriften genügte daher im vorliegenden Falle schon eine Anstellung durch formlose Willenserklärung. Daß aber die beiden Genannten durch den hamburgischen Gefängnisdirektor zu F., dem nach Nr. I 4 der Geschäftsordnung der Gefängnisdeputation v. 16. Oktober und 20. November 1906 die Anstellung der nicht festangestellten Unterbeamten zusteht, zu Hilfsgefangenaufsehern angestellt worden sind, wird von der Strafkammer festgestellt und von den Revisionen selbst nicht in Zweifel gezogen. Im übrigen kam es, wie die Revisionen zutreffend hervorheben, nicht darauf an, ob die den beiden angestellten Aufsehern übertragenen dienstlichen Obliegenheiten solche waren, die nur von einem öffentlichen Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit verrichtet werden konnten; entscheidend für den Begriff der Anstellung ist nur, »daß die dem Angestellten übertragenen Verrichtungen und Dienste öffentlich-rechtlicher Natur, aus der Staatsgewalt abzuleitende und dem Staatszwecke dienende sind, mithin das Wesen einer öffentlichen Amtstätigkeit haben, die von einem Organe der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden« (Entsch. **30** 30; **39** 233). Daß dies bei der von den Staatsbehörden angeordneten Beaufsichtigung der in einem großen Gefängnisse untergebrachten Gefangenen zutrifft, bedarf keiner weiteren Ausführung. Die Strafkammer hat daher rechtlich nicht geirrt, wenn sie angenommen hat, daß den beiden Genannten ihre Anstellung als Hilfsgefangenaufseher die Eigenschaft von Beamten im Sinne des § 359 StGB. verliehen hat.

StGB. § 248 a. Nicht jede mögliche künftige Not, sondern nur eine gegenwärtige oder doch so nahe Not, daß sie wie eine gegenwärtige einen übermächtigen, zwingenden Einfluß auf den Willen des

Täters auszuüben vermag, erfüllt das Begriffsmerkmal »Not« im Sinne des § 248a a. O.

III. StrS. U. v. 9. Oktober 1916. g. K. 3 D 382/16.

Gründe: Das Vordergericht hat die Anwendbarkeit der §§ 248a und 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB. auf den als erwiesen erachteten Tatbestand rechtsirrtumsfrei verneint. Es nimmt an, der Angeklagte habe nicht aus Not gehandelt, denn er sei bereits im Besitze von 6 Zentnern Kohlen gewesen, habe also bei der Entwendung eines weiteren Zentners Kohle keine vorhandene Not beseitigen oder lindern wollen. Die Begründung ist zutreffend, denn nicht jede mögliche künftige Not ist ausreichend zur Annahme eines Handelns »aus Not« im Sinne des § 248a StGB., sondern nur eine gegenwärtige oder so nahe, daß sie wie eine gegenwärtige einen übermächtigen, zwingenden Einfluß auf den Willen des Täters auszuüben vermag.

Weiter ist tatsächlich festgestellt, daß der Angeklagte die Kohlen sich nicht zum alsbaldigen Verbrauche aneignete, sondern um sich einen ordentlichen Vorrat an Kohlen zu verschaffen. Diese Annahme bindet das Revisionsgericht.

Auch sonst läßt die Prüfung des Urteils keinen strafrechtlichen Irrtum erkennen.

StPO. § 275. a) Die Vorschrift des § 275 a. O. ist nur instruktionell, auf ihre Verletzung kann eine Revision nicht gestützt werden. Gleichgültig ist es, wie groß die Verspätung des Eingangs der Urteilsurkunde ist. b) Geht eine Urteilsurkunde verloren, so besteht kein Bedenken, sie aufs neue herzustellen, es muß aber nachgewiesen werden — nötigenfalls durch das Zeugnis der Richter, welche bei der Herstellung der ursprünglichen Urkunde mitgewirkt haben —, daß die Gründe der neuen Urteilsurkunde dem Inhalte der früheren entsprechen.

IV. StrS. U. v. 13. Oktober 1916. g. V. 4 D 447/16.

Aus den Gründen: In Gegenwart des Angeklagten ist nach dem Sitzungsprotokoll das Urteil der Strafkammer vom 31. Juli 1914 verkündet worden. Wie die Handakten des Verteidigers ergeben, hat dieser am 1. August 1914 gegen das Urteil Revision eingelegt und darin Verletzung von StGB. § 267 ohne nähere Begründung gerügt. Die Revisionsschrift ist noch am 1. August 1914 an das Landgericht Lyck abgesendet worden; es kann daher angenommen werden, daß sie rechtzeitig innerhalb der Frist von StPO. § 381 bei Gericht eingegangen ist.

Eine schriftliche Abfassung des Urteils mit Gründen ist, wie eine Notiz in den Akten gleichfalls erkennen läßt und in dem neuen Urteil bezeugt wird, anscheinend im August 1914 erfolgt. Eine Ausfertigung des Urteils ist dem Angeklagten oder seinem Verteidiger nicht zugestellt worden. Die Urschrift ist zufolge des Einfalls der Russen in das Gebiet abhanden gekommen. An Stelle dieser abhanden gekommenen Urteilsurkunde ist dann ein neues Urteil mit Gründen angefertigt und von zweien der bei der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter unterzeichnet, vom dienstältesten Richter auch bezeugt worden, daß die übrigen drei mitwirkenden Richter durch Abwesenheit an der Unterzeichnung des Urteils verhindert sind. Diese haben jedoch nachträglich noch auf der Urteilsurkunde ihr Einverständnis mit den Urteilsgründen, die an Stelle der früher abgefaßten, aber abhanden gekommenen, getreten sind, erklärt. Die Ausfertigung

dieser neuen Urteilsurkunde ist dem Verteidiger am 21. Juni 1916 zugestellt worden.

Der Verteidiger beschwert sich über Verletzung von StPO. § 260 und § 275.

Eine Verletzung von StPO. § 260 kann überhaupt nicht in Frage kommen. Die Fassung des Urteils ist auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung erfolgt, wie das Sitzungsprotokoll ergibt.

Auf Verletzung von StPO. § 275 kann die Revision nicht gestützt werden, da diese Vorschrift nur instruktionell ist. Auch eine verspätete Abfassung des Urteils und Unterzeichnung bringt eine ordnungsmäßige Urteilsurkunde hervor, Entsch. 2 378. Wie groß die Verspätung ist, ist dabei gleichgültig. Denn auch hier beruht das beschlossene und verkündete Urteil nicht auf der späteren Abfassung der schriftlichen Begründung.

Auch daraus kann kein Revisionsangriff hergeleitet werden, daß die gegenwärtig vorliegende Urteilsurkunde unzulässigerweise als Ersatz für eine frühere abhanden gekommene Urteilsurkunde getreten sei und die Gründe dieses Urteils mit jenen nicht übereinstimmten. Denn hierfür fehlt jeder Beweis, da nicht feststeht, daß früher überhaupt bereits eine fertige Urteilsurkunde vorgelegen hat. Denn es ist nicht nachgewiesen, daß das frühere Urteil mehr als ein bloßer Urteilsentwurf gewesen ist, da offen bleibt, daß er noch nicht von allen teilnehmenden Richtern unterschrieben war. Wenn an Stelle dieses ehemaligen bloßen Urteilsentwurfs, der abhanden gekommen ist, aber die gegenwärtige Urteilsurkunde getreten ist, so stellt diese überhaupt die erstmalige Anfertigung der Urteilsurkunde gemäß StPO. § 275 dar, die nur später, als vorgeschrieben, angefertigt worden ist. Sie allein ist dem Verteidiger zugestellt worden und kann daher auch allein zur Grundlage seiner Revisionsangriffe gegen die Begründung des Urteils genommen werden.

Aber auch wenn eine fertige Urteilsurkunde früher vorgelegen hätte, würde die Neuherstellung, wie geschehen, zulässig und bedenkenfrei erfolgt sein, da nach den Zeugnissen der Richter, die bei der ursprünglichen Herstellung der Urkunde mitgewirkt haben, feststeht, daß auch die Urteilsgründe der vorliegenden Urteilsurkunde dem entsprechen, was der Inhalt der früheren gewesen war.

MilStGB. § 138; StGB. §§ 242, 243. a) Der § 138 MStGB. stellt sowohl in seinem Abs. 1, als auch im Abs. 2 einen Sondertatbestand gegen eine Person des Soldatenstandes fest, der insoweit den Tatbestand der §§ 242, 243 StGB. ausschließt, wenn auch beim Zusammentreffen der Voraussetzungen des § 138 MStGB. mit den straferhöhenden Umständen des § 243 StGB. die Strafe aus § 243 StGB. zu verhängen ist. b) Zur Auslegung des Begriffs »anvertraut« im Sinne des § 138 MStGB.

III. StrS. U. v. 16. Oktober 1916. g. Z. 3 D 416/16.

Aus den Gründen: Der § 138 MStGB. stellt sowohl in seinem Abs. 1, als auch Abs. 2 einen Sondertatbestand gegen eine Person des Soldatenstandes — und darunter fällt auch ein zu Kriegszeiten zur Dienstleistung eingezogener Landsturmmann — fest, der insoweit den Tatbestand der §§ 242, 243 StGB. ausschließt, wenn auch beim Zusammentreffen der Voraussetzungen des § 138 MStGB. mit den straferhöhenden Umständen des § 243 StGB. auf die im § 243 StGB. angedrohten Strafen zu erkennen ist. Entsch. des RMG. 5 110, 12 132, 134.

Allein der Tatbestand des § 138 MStGB. hat einen Diebstahl oder eine Unterschlagung zur Voraussetzung, begangen in Ausübung des Dienstes oder unter Verletzung eines militärischen Dienstverhältnisses an Sachen, die einer Person des Soldatenstandes vermöge des Dienstes oder jenes Verhältnisses zugänglich oder anvertraut sind. Diese letztere Voraussetzung ist nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils einwandfrei verneint. Es mag schon zweifelhaft sein, ob der Angeklagte, welcher zur Zeit der Wegnahme der Fleisch- und Speckstücke von Januar bis Anfang Mai 1916 der Firma R. in E. bei der Räucherung der der Heeresverwaltung gehörigen Fleischwaren zur Hilfeleistung zugeteilt war, hierbei in oder bei Ausübung des Dienstes handelte oder den Diebstahl unter Verletzung eines militärischen Dienstverhältnisses verübte, weil er von seiner vorgesetzten Stelle zur Hilfeleistung angestellt worden war und dieser Anordnung Folge zu leisten hatte, oder ob er nur ein der Firma R. von der Militärbehörde zugewiesener Gewerbsgehilfe war, sicher sind ihm die entwendeten Sachen nicht vermöge des Dienstes oder jenes Verhältnisses zugänglich oder anvertraut gewesen. Denn nach den Feststellungen des Urteils hat der Beschwerdeführer die gestohlenen Fleischwaren meistens nach beendeter Arbeitszeit unter sein Zeug versteckt und mit nach Hause genommen. Zweimal ist er auch nachts über die das Fabrikgrundstück von R. auf allen Seiten umgebende, etwa 2,80 m hohe Mauer gestiegen und hat größere Mengen Fleischwaren entweder als Alleintäter oder Mittäter an sich genommen. Der § 138 MStGB. ist deshalb mit Recht nicht angewendet worden, wozu noch bemerkt wird, daß der Annahme einer fortgesetzten, aus § 243 Nr. 2 StGB. strafbaren Handlung der Umstand nicht entgegensteht, daß die Fleischwaren teils unter dem straferhöhenden Grunde: aus einem Gebäude mittels Einsteigens, teils ohne das Vorhandensein eines solchen, gestohlen wurden.

Im übrigen ist auf die allgemeine sachliche Revisionsbeschwerde gemäß § 392 Abs. 2 StPO. das angefochtene Urteil nachgeprüft worden, diese Nachprüfung hat jedoch keinen dem Beschwerdeführer nachteiligen Verstoß aufgedeckt.

Hiernach war das Rechtsmittel, mit der aus § 505 Abs. 1 Satz 1 StPO. sich ergebenden Folge für den Kostenpunkt, als unbegründet zu verwerfen.

StPO. § 44. Der Grundsatz, daß die Versäumung einer Frist durch ein Versehen der Kanzlei eines Rechtsanwalts dem Rechtsanwalt noch nicht ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt, greift dann nicht Platz, wenn der Rechtsanwalt durch anderweite dienstliche Obliegenheiten so in Anspruch genommen ist, daß er ohne sein Verschulden das Versehen seines Angestellten nicht verhütet und entdeckt hat.

V. StrS. Beschl. v. 23. Oktober 1916. g. P. 5 D. 574/16.

Gründe: Die Einreichung des Schriftsatzes, in dem der Verteidiger die Revision begründet hat, ist, wie glaubhaft gemacht, dadurch um einen Tag zu spät erfolgt, daß der Kanzleivorsteher des dem Angeklagten von Amts wegen zum Verteidiger bestellten Rechtsanwalts es aus Versehen unterlassen hat, im Fristenkalender eine Frist für die Einreichung der Schrift vorzumerken. Dieser Umstand würde an und für sich noch nicht genügen, das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu rechtfertigen. Denn der Verteidiger hatte die Pflicht, die Tätigkeit seines Kanzleivorstehers zu überwachen und selbst alles zu tun, was ihm möglich war, um solche Ver-

sehen zu verhüten. Würde ihn nach dieser Richtung irgendein Verschulden treffen, so könnte nach feststehender Rechtsprechung die Wiedereinsetzung nicht erfolgen. Im vorliegenden Falle ist jedoch hinreichend glaubhaft gemacht, daß der Verteidiger, der am Sitze des Gerichts im Heeresdienst bei der Intendantur der Inspektion eines Kriegsgefangenenlagers den größten Teil des Tages beschäftigt ist, nach den besonderen Umständen ohne sein Verschulden das Versehen seines Angestellten nicht verhütet und entdeckt hat. Die Wiedereinsetzung mußte darum nach § 44 der StPO. erfolgen. Der Ausspruch über die Kosten beruht auf § 505 Abs. 3 der StPO.

B. Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Oberlandesgericht Rostock.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Kretschmann, Rostock.

Berechnung der Strafzeit bei Anrechnung von einem Monat Untersuchungshaft bei einer nach Monaten bestimmten Strafzeit, wenn ihr Ende auf den letzten Monatstag fällt.

Beschl. des StS. des OLG. vom 9. Mai 1914.

Der seit dem 6. Februar 1914 in Untersuchungshaft befindliche Angeklagte ist durch Urteil vom 31. März 1914 in eine Gefängnisstrafe von 6 Monaten verurteilt worden, wovon 1 Monat als durch die Untersuchungshaft verbüßt gelten soll. Der Sinn dieses Urteils ist offenbar der, daß der Angeklagte noch eine Gefängnisstrafe von 5 Monaten verbüßen soll. Diese Strafzeit beginnt mit dem 31. März 1914, nachmittags 6 Uhr, da in diesem Zeitpunkt der Angeklagte auf Rechtsmittel verzichtet hat (§ 482 StPO.), sie endet also am 31. August 1914. Die Berechnung des Endpunktes auf den 30. August, weil 6 Monate wegen des Fehlens des 31. Septembers schon am 30. September endigen müßten und von diesem Tage an ein Monat zurückzurechnen sei, wird dem Sinn des Urteils nicht gerecht, da der Angeklagte dann 5 Monate weniger 1 Tag verbüßen würde. Eine solche Berechnung wird auch nicht durch das Urteil des Reichsgerichts in RStr. 29 Nr. 3 gefordert, da der hier entschiedene Fall anders als der gegenwärtige liegt. Damals war die anzurechnende Untersuchungshaft nicht in einem bestimmten Zeitmaß, sondern nach Anfangs- und Endpunkt bezeichnet, und der im Ergebnis abzuziehende Zeitraum war nicht in denselben Zeiteinheiten ausgedrückt wie die im Urteil ausgesprochene Freiheitsstrafe.

Berechnung einer nach Monaten bestimmten Strafzeit bei Unterbrechung der Strafe.

Beschl. des StS. des OLG. vom 27. März 1914.

Durch Urteil der Strafkammer zu R. ist der Angeklagte am 21. Mai 1912 in eine Gefängnisstrafe von einem Jahr, wovon 1 Monat auf die Untersuchungshaft angerechnet ist, verurteilt. Die Vollstreckung dieser Strafe hat am 19. Juni 1912, nachmittags 4 Uhr 30 Minuten, im Zentralgefängnis zu B. begonnen und ist am 26. Juli 1912 durch Einlieferung des Verurteilten in die Landesstrafanstalt D. unterbrochen, und zwar vormittags 8 Uhr 15 Minuten. Am 26. Januar 1914 ist der Verurteilte aus D. entlassen und wieder in das Zentralgefängnis zu B. zur weiteren Verbüßung der Gefängnisstrafe eingeliefert worden. Durch Beschluß des Landgerichts zu R. ist

bestimmt, daß die Strafzeit am 19. November 1914, nachmittags 3¼ Uhr, endigen soll.

Mit Unrecht vertritt die Staatsanwaltschaft hiergegen die Ansicht, daß, da der Verurteile vom 19. Juni nachmittags 4½ Uhr bis 26. Juli vormittags 8¼ Uhr bereits 1 Monat, 6 Tage, 15 Stunden, 45 Minuten verbüßt und demnach 9 Monate, 23 Tage, 8 Stunden, 15 Minuten noch zu verbüßen habe, aber in analoger Anwendung des § 191 BGB. ein Monat zu 30 Tagen zu berechnen sei, das Ende der Strafzeit auf den 18. November, nachmittags 3¼ Uhr, bestimmt werden müsse. Denn es fehlt jeder gesetzliche Grund dafür, bei Berechnung einer Strafzeit die Bestimmungen der §§ 187 ff., insbesondere § 191 BGB. analog zur Anwendung zu bringen. Vielmehr hat der Verurteilte die unter Anrechnung von 1 Monat auf 1 Jahr festgesetzte Strafe in ihrem danach noch zu vollstreckenden Teile von 11 Monaten auch nach der Dauer der betreffenden Monate zu verbüßen, mögen diese 28, 30 oder 31 Tage dauern.

Die Art, in der die noch zu verbüßende Strafe in dem angefochtenen Beschlusse berechnet ist, kann nicht gebilligt werden, obwohl sie im vorliegenden Falle zu einem richtigen Ergebnis führt. Für die Berechnung ist nicht maßgebend, wie sich die Strafzeit berechnet haben würde, wenn keine Unterbrechung eingetreten wäre, sondern maßgebend ist, daß auf die erkannte Strafe 1 Monat als verbüßt angerechnet ist und der Verurteilte 1 Monat, 6 Tage, 15¾ Stunden verbüßt hat, er also noch 10 Monate weniger 6 Tagen, 15¾ Stunden seit der Fortsetzung der Strafvollstreckung verbüßen muß, also seit dem 26. Januar, vormittags 7 Uhr. Da zu diesem Zeitpunkt, wie am 26. Juli 1912, vormittags 8¼ Uhr, 1 Monat als verbüßt anzusehen und 1 Monat, 6 Tage, 15¾ Stunden verbüßt worden sind, so ist, um das Ende der Strafzeit zu berechnen, von diesem Zeitpunkt um 6 Tage, 15¾ Stunden zurückzurechnen auf den 19. Januar 1914, nachmittags 3¾ Uhr, von wo an noch eine Strafzeit von 10 Monaten zu berechnen ist. Demnach bestimmt sich das Ende der Strafzeit auf den 19. November 1914.

Behandlung der zunächst auf eine Gefängnisstrafe angerechneten Untersuchungshaft bei späterer Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe als Gesamtstrafe; Anrechnung der Zeit der Überführung zu dem neuen Verhandlungstermin.

Beschl. des StS. des OLG. vom 6. Februar 1914.

Der Angeklagte ist am 27. September 1913 von der Strafkammer zu P. in eine Gefängnisstrafe von 1 Jahr verurteilt worden, wovon 2 Monate als durch die Untersuchungshaft verbüßt angesehen werden sollen. Dies Urteil ist am selben Tage nachmittags 12¾ Uhr rechtskräftig geworden, und der Angeklagte ist in Haft geblieben. Aus dem Gefängnis ist er dann zur Hauptverhandlung nach G. überführt worden und dort am 3. Dezember 1913 angelangt. Durch Urteil der Strafkammer zu G. vom 11. Dezember 1913 ist er unter Einbeziehung der in P. bei Anrechnung von 2 Monaten Untersuchungshaft verhängten Strafe von 1 Jahr Gefängnis in eine Gesamtstrafe von 2 Jahren Zuchthaus verurteilt worden; hierauf soll die auf Grund des früheren Urteils verbüßte Strafe in Anrechnung gebracht werden. Am nämlichen Tage nachmittags 6 Uhr hat dies Urteil die Rechtskraft erlangt. Im Januar 1914 ist der Angeklagte ins Zuchthaus gebracht worden.

Über die Berechnung der Strafzeit hat das Landgericht zu G. dahin entschieden, daß die 2 Monate Untersuchungshaft auf die Gesamtstrafe voll

anzurechnen seien, daß die vom 27. September bis 3. Dezember 1913 verbüßte Gefängnisstrafe nach zuvoriger Umrechnung in Zuchthausstrafe, die Zeit vom 3. bis 11. Dezember 1913 gar nicht und die seit letzterem Tage verbüßte Untersuchungshaft wieder ganz in Anrechnung zu bringen sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist teilweise begründet.

Daß die Strafe, welche der Angeklagte infolge seiner am 27. September ausgesprochenen Verurteilung zu Gefängnisstrafe überstanden hat, auf die als Gesamtstrafe festgesetzte Zuchthausstrafe nur nach dem aus § 21 StGB. sich ergebenden Maßstabe in Anrechnung zu bringen ist, ist vom Landgericht zutreffend angenommen worden; vgl. auch Olshausen, Note 18 zu § 79 StGB. Eine unzulässige Beschwerung des Angeklagten tritt dadurch nicht ein, zumal ja auch die erkannte Gefängnisstrafe selbst bei Bildung der Gesamtstrafe in gleicher Weise umgewandelt, also der Zeit nach verkürzt worden ist. — Es fehlt dann aber an einem Grunde, die auf die Gefängnisstrafe angerechnete Untersuchungshaft anders zu behandeln. Der Ausspruch, daß 2 Monate der letzteren als verbüßt anzusehen, bezieht sich nur auf die damals erkannte Gefängnisstrafe. Wenn die verbüßte Strafe jetzt bei ihrer Anrechnung auf die Gesamtstrafe gemäß § 21 StGB. umgewandelt wird, so kann es insofern keinen Unterschied machen, ob sie vor oder nach dem ersten Urteil überstanden ist. — Zu bemerken ist hierzu noch, daß nach dem Urteil vom 11. Dezember zweifellos auch der Teil der Gefängnisstrafe, welcher durch die Untersuchungshaft verbüßt ist, auf die Gesamtstrafe anzurechnen ist, und daß somit dem bei Löwe, Note 9 a. E. zu § 482 StPO. aufgestellten Erfordernis genügt ist.

Dem Landgericht kann ferner nicht in der Annahme beigetreten werden, daß die Zeit vom 3. bis 11. Dezember nicht als Verbüßung der Strafhaft anzusehen sei. Es ist allerdings zulässig, die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe durch Vollziehung der Untersuchungshaft zu unterbrechen. Das ist hier aber nicht geschehen. Die G.er Staatsanwaltschaft hat die P.er Strafvollstreckungsbehörde ersucht, den Angeklagten zu dem in G. anberaumten Termin mit einem Sammeltransport zu übersenden; diesem Ersuchen ist stattgegeben, und der Angeklagte ist von seiner Ankunft in G. an im dortigen Gerichtsgefängnis untergebracht worden. Es ist also nichts anderes geschehen, als was hätte erfolgen müssen, wenn der Angeklagte hätte vorgeführt werden müssen, ohne daß in G. ein Haftbefehl erlassen wäre; in diesem Falle würde ohne Zweifel eine Unterbrechung der Gefängnisstrafe nicht angenommen werden können. Daß der Angeklagte verhältnismäßig lange Zeit vor dem Termin in G. detiniert gewesen ist, ist lediglich durch die Überführung mittels Sammeltransports veranlaßt. In keiner der mit dem Transport und der Unterbringung zusammenhängenden Anordnungen ist zum Ausdruck gekommen, daß die Strafhaft unterbrochen sein und Untersuchungshaft eintreten solle.

Hieraus folgt, daß auch die Zeit, während welcher der Angeklagte nach Eintritt der Rechtskraft des G.er Urteils im dortigen Gefängnis gewesen ist, nicht, wie das Landgericht will, als Untersuchungshaft angesehen werden kann. Aber auch die Annahme der Staatsanwaltschaft, daß sie als weitere Verbüßung der Gefängnisstrafe zu betrachten und daher nur nach Maßgabe des § 21 StGB. anzurechnen sei, ist unzutreffend. Von dem Zeitpunkte an, in welchem das G.er Urteil rechtskräftig wurde, konnte nicht mehr die damit erledigte Gefängnisstrafe, sondern nur noch die Zuchthausstrafe den Gegenstand weiterer Vollstreckung bilden. In dem gleichen Sinne hat sich der Senat bereits in einem Beschlusse vom 27. Oktober 1913 ausgesprochen.

Die Oberstaatsanwaltschaft hat zwar auf den § 123 der Meckl. AV. zur StPO. verwiesen, wonach — abgesehen vom Fall des § 482 StPO. — Freiheitsstrafen am Tage der Aufnahme in die Strafanstalt als angetreten gelten. Aber landesgesetzliche Normen können die zutreffende allgemeine Auslegung des Reichsrechts nicht ändern. Da die Zeit nach dem 11. Dezember als Untersuchungshaft nicht gelten konnte und die Gefängnisstrafe nicht mehr vollstreckt werden konnte, so muß diese Zeit als Verbüßung der Zuchthausstrafe behandelt und voll angerechnet werden. Der Angeklagte kann nicht deshalb eine längere Strafzeit erdulden, weil er erst nach einigen Wochen in die richtige Anstalt gebracht wird. Endlich wird dem § 123 auch durch die Auslegung genügt, daß der Verurteilte als ein eine Strafe Verbüßender überhaupt in einer dazu bestimmten Anstalt weilt.

Die Zuchthausstrafe ist demnach so zu behandeln, als werde sie vom 11. Dezember 1913, nachmittags 6 Uhr an, verbüßt. Bei der Anrechnung der früheren Zeit sind die in der angeführten Entscheidung im Anschluß an Köhler — GerS., Bd. 65, S. 39 ff. — dargelegten Grundsätze zu beachten. Danach sind auf die Untersuchungshaft vom Zeitpunkt der Rechtskraft des ersten Urteils zunächst 2 Monate zurückzurechnen, und es ist so anzusehen, als habe der Angeklagte vom 27. Juli 1913, nachmittags 12¾ Uhr, an Gefängnisstrafe verbüßt. Auf diese entfällt dann weiter die ganze Zeit von da an bis zum 11. Dezember 1913, also 137 Tage, 5 Stunden, 15 Minuten. Bei der Umwandlung nach § 21 StGB. sind diese einer Zuchthausstrafe von 91 Tagen, 11 Stunden, 30 Minuten gleichzusetzen, und dieser Zeitraum ist vom Zeitpunkte der Rechtskraft des G.er Urteils wieder zurückzurechnen. Es ist also so anzusehen, als habe der Angeklagte am 11. September 1913, vormittags 6½ Uhr, seine zweijährige Zuchthausstrafe angetreten.

Berechnung der Strafzeit, wenn während der Verbüßung einer Gefängnisstrafe auf eine Gesamtstrafe mit Zuchthaus erkannt wird.

Beschl. des StS. des OLG. vom 27. Oktober 1913.

Der Angeklagte verbüßte seit dem 1. März 1913 eine am 1. Februar wider ihn erkannte Gefängnisstrafe von 6 Monaten im Zentralgefängnis zu B. Am 13. August 1913 ist er vom Landgericht zu R. unter Einbeziehung dieser Strafe wegen Kuppelei zu 1 Jahr 7 Monaten Zuchthaus verurteilt worden; in dem Urteil ist gesagt, daß hierauf die auf Grund des früheren Urteils bereits verbüßte Strafzeit unter entsprechender Umwandlung der Gefängnisstrafe in Zuchthausstrafe angerechnet werden soll. Das Urteil vom 13. August ist, da von keiner Seite ein Rechtsmittel eingelegt, aber auch ein Verzicht auf Anfechtung nicht erklärt ist, mit dem Ablauf des 20. August rechtskräftig geworden. Am 30. August 1913, nachmittags 2 Uhr 50 Minuten, ist der Angeklagte zur Verbüßung der Zuchthausstrafe in D. eingeliefert worden. Das Landgericht zu R. hat durch Beschluß vom 8. Oktober bestimmt, daß von dem Zeitpunkt der Einlieferung in D. an zunächst 1 Jahr und 7 Monate zu berechnen, und daß von dem sich hieraus ergebenden Zeitpunkt wieder 121 Tage, 10 Stunden, 26 Minuten, 40 Sekunden zurückzuzählen seien, da dieser Zeitraum bei der Umwandlung in Zuchthausstrafe nach § 21 StGB. der bis zur Einlieferung in D. verbüßten Gefängnisstrafe von 182 Tagen, 3 Stunden, 40 Minuten gleichzurechnen sei; das Landgericht hat danach das Ende der Strafzeit auf den 29. November 1914, vormittags 4 Uhr 23 Minuten 20 Sekunden, festgesetzt. Die Staatsanwaltschaft verlangt dagegen, daß zunächst vom Zeitpunkt der Ein-

lieferung an die 121 Tage zurückgerechnet und von dem sich hiernach ergebenden Moment an die Zuchthausstrafe berechnet werde; sie kommt danach auf den 1. Dezember 1914, vormittags 4 Uhr 23 Minuten 20 Sekunden, als Endpunkt der Zuchthausstrafe und hat in ihrer Beschwerde einen dahingehenden Ausspruch beantragt.

Das Beschwerdegericht vermag indes den Ausgangspunkt des Landgerichts und der Staatsanwaltschaft, daß der Zeitpunkt der Einlieferung in das Zuchthaus den Berechnungen zugrunde zu legen sei, nicht zu billigen. Es ist vielmehr der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils vom 13. August 1913 als der maßgebende anzusehen. Denn in diesem Augenblick war auf Grund dieses Urteils die früher ausgesprochene Strafe erledigt. Letztere konnte von da an nicht mehr vollstreckt werden, nur die im Urteil vom 13. August ausgesprochene Strafe konnte noch den Gegenstand weiterer Vollstreckung bilden. Daher muß die ganze, von der Rechtskraft des zweiten Urteils an überstandene Freiheitsstrafe als verbüßt auf die in diesem Urteil erkannte Zuchthausstrafe angesehen werden. Vgl. Köhler im »Gerichtssaal«, Bd. 65, S. 34 f. Zwar wird danach eine Freiheitsstrafe, welche tatsächlich nicht im Zuchthaus verbüßt ist, als Zuchthausstrafe behandelt. Diese Konsequenz aber kann das eben gewonnene Resultat nicht erschüttern; nach § 482 StPO. ist sogar Untersuchungshaft nach der Rechtskraft des Urteils voll auf etwaige Zuchthausstrafe anzurechnen.

Im vorliegenden Falle hatte der Angeklagte vom 1. März, vormittags 11 Uhr 10 Minuten, bis zum Ablauf des 20. August 172 Tage, 12 Stunden, 50 Minuten Gefängnisstrafe verbüßt; diese sind nach § 21 StGB. einer Zuchthausstrafe von 115 Tagen, 33 1/3 Minuten gleichzusetzen.

In der weiteren Frage, ob die Strafe vom Ende des 20. August an zurückzurechnen und von dem so ermittelten Zeitpunkt an die Zuchthausstrafe zu berechnen ist, oder ob die letztere zunächst vom Ende des 20. August zu berechnen und von ihrem Endpunkt aus wieder um die verbüßte Zeit zu kürzen ist, tritt das Beschwerdegericht der Auffassung der Staatsanwaltschaft bei. Dieser Standpunkt wird namentlich mit überzeugender Begründung von Köhler im GerS., Bd. 65, S. 39 ff. — vgl. auch Kluß dort, Bd. 67, S. 320 — vertreten, und es genügt hier, auf dessen eingehende Erörterungen zu verweisen. Gegenüber dem landgerichtlichen Beschlusse soll nur hervorgehoben werden, daß auch der Wortlaut des Urteils vom 13. August 1913 bei ungezwungener Auslegung für die hier vertretene Auffassung spricht. Denn die Anrechnung der verbüßten Strafe erfolgt gerade dadurch, daß die tatsächlich in einer Strafanstalt verbrachte Zeit als bereits erledigter Teil der neu verhängten Strafe angesehen wird. Geht man nun vom Ablauf des 20. August (Mitternacht) um 115 Tage und 33 1/3 Minuten zurück, so gelangt man auf den 27. April, 11 Uhr 16 2/3 Minuten; die Hinzurechnung von 1 Jahr 7 Monaten führt auf den 27. November 1914, nachmittags 11 Uhr 16 Minuten, da die Weglassung von Bruchteilen von Minuten zugunsten des Angeklagten sich in Berücksichtigung des Umstandes vernotwendigt, daß es tatsächlich unmöglich ist, bei der Strafvollstreckung die Entlassung genau zu einem auch der Sekundenzahl nach bestimmten Zeitpunkte vorzunehmen.

Daß die Beschwerde der Staatsanwaltschaft, welche die Bestimmung eines späteren Entlassungstermins bezweckt, zur Anordnung eines früheren als des vom Landgericht festgesetzten führt, ist eine im § 343 StPO. für die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ausdrücklich zugelassene Folge.

Oberlandesgericht Hamm.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Hahne, Hamm.

StPO. §§ 481ff. Die Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe ist zulässig, auch wenn sie durch ein späteres, noch nicht rechtskräftiges Urteil in eine Gesamtstrafe einbezogen ist.

Beschluß v. 9. Januar 1914. 10 W 2/14.

Das Urteil vom 21. November 1911 ist rechtskräftig und daher nach § 481 StPO. vollstreckbar, solange nicht gemäß § 79 StGB. rechtskräftig die erkannte Strafe in die neu erkannte Gesamtstrafe einbezogen ist. Solange das die Gesamtstrafe festsetzende Urteil die Rechtskraft noch nicht beschritten hat, hat es nicht die Kraft, die frühere Einzelstrafe zu beseitigen, da ja noch ganz ungewiß ist, ob das neue Urteil bestehen bleibt.

Die Einwendungen des Verurteilten sind nicht geeignet, dieses Ergebnis zu ändern, und es kann auch nicht anerkannt werden, daß dieses unbillig sei. Erlangt das neue Urteil Rechtskraft, so ist die ganze aus dem früheren Urteile vollstreckte Strafe auf die Gesamtstrafe anzurechnen. In diesem Falle würde der Verurteilte einen Nachteil nur dann erleiden, wenn er seine Revision teilweise zurücknähme und der Ansicht beizutreten wäre, daß alsdann § 482 analog anzuwenden sei. Ob die letztere Auffassung richtig ist, kann dahingestellt bleiben. Denn dem Zwecke des § 482 widerstreitet es nicht, daß in der Zeit zwischen Verkündung und Rechtskraft eines Urteils eine früher rechtskräftig erkannte, in das neue Urteil einbezogene Strafe vollstreckt wird. § 482 will nur verhindern, daß die Gesamtdauer der Inhaftierung eines Verurteilten dadurch verlängert wird, daß dem Beginne der Strafvollstreckung Hindernisse entgegenstehen, an denen er schuldlos ist. Im vorliegenden Falle wird die Gesamtdauer der Inhaftierung durch die Vollstreckung der früher erkannten Strafe während der Untersuchungshaft auch dann nicht verlängert, wenn der Verurteilte seine Revision teilweise zurücknimmt und alsdann § 482 analog anwendbar sein sollte. Die vollstreckte Strafe wird, wie bemerkt, auf die neu erkannte Strafe, soweit sie rechtskräftig bestehen bleibt, ebenfalls voll angerechnet. Der dem Verurteilten drohende Nachteil besteht also nur darin, daß er die anzurechnende Zeit nicht in Untersuchungshaft verbringt, sondern die früher erkannte Strafe verbüßt. Diesen Nachteil zu verhüten ist aber nicht der Zweck des § 482. Die Vorschrift hat nicht die Bedeutung, dem Verurteilten zu gewährleisten, daß er nach dem im § 482 bestimmten Zeitpunkte in Untersuchungshaft bleibt, statt zwecks Vollstreckung einer rechtskräftig bestehenden Strafe in Strafhaft verbracht zu werden.

Einen Nachteil kann der Verurteilte durch die Vollstreckung der früheren Strafe während der Untersuchungshaft erleiden, wenn das neue Urteil aufgehoben wird. Denn erfolgt später von neuem Verurteilung, so ist die frühere Strafe, wenn sie inzwischen ganz verbüßt ist, nach § 79 StGB. in die Gesamtstrafe nicht mehr einzubeziehen. Dieser Nachteil ist aber nicht unbillig. Hätte der Verurteilte bis zu dem Urteile vom 22. November 1913 die Strafe vom 21. November 1911 vollständig verbüßt gehabt oder wäre die neue Verurteilung nicht am 22. November 1913 erfolgt, sondern träte sie erst zur Zeit der späteren neuen Verurteilung nach Verbüßung der Strafe vom 21. November 1911 ein, so würde die Strafe vom 21. November 1911 ebenfalls zur Bildung einer Gesamtstrafe nicht mehr heran-

zuziehen sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Verurteilte hierin besser gestellt sein soll, nur weil der späteren neuen Verurteilung ein aufgehobenes Urteil vorausgegangen ist, also ein Urteil, das alsdann gar nicht mehr besteht und daher keine Wirkung mehr äußern kann.

StGB. § 193. Grenzen des Rechtes einer Partei, in einem Zivilprozesse bei einem von einem Sachverständigen im Hause der Gegenpartei angesetzten Termine anwesend sein zu dürfen.

Urteil v. 13. Januar 1914. 10 S 324/13.

Gründe: Wenn auch der in dem Hause des Angeklagten abgehaltene Termin kein gerichtlicher war, so nahm doch in einem schwebenden Prozesse ein gerichtlich bestellter Sachverständiger eine Besichtigung zwecks Vorbereitung seines Gutachtens vor, und bei dieser vertreten zu sein, hatte der Gegner auch dann eine prozessuale Berechtigung, wenn sie auf dem Grundstücke und in dem Hause der Gegenpartei stattfand. Der Angeklagte durfte also B., den Vertreter der Gegenpartei, nicht ohne weiteres aus dem Hause weisen. So lange sich B. darauf beschränkte, in erlaubter Weise die Interessen der von ihm vertretenen Partei wahrzunehmen, mußte der Angeklagte ihn in dem Hause dulden, auch wenn die Wahrnehmung der Interessen der Gegenpartei zu Behauptungen führte, die für den Angeklagten beleidigend waren; denn auch dies war unter dem Schutze des § 193 des Strafgesetzbuchs dem Vertreter der Gegenpartei erlaubt. Sobald dieser aber aufhörte, sich auf die Wahrnehmung des Interesses seiner Partei zu beschränken, indem er sich Beleidigungen zuschulden kommen ließ, mit denen er entweder — mochten sie auch an sich dazu geeignet sein — eine Wahrnehmung der Interessen seiner Partei gar nicht beabsichtigte, sondern lediglich eine Beleidigung des Angeklagten, oder die zwar an sich der Wahrnehmung der Interessen zu dienen bestimmt und hierzu geeignet waren, daneben aber auch der aus der Form oder aus den begleitenden Umständen sich ergebenden Absicht der Beleidigung entsprangen, so brauchte sich der Angeklagte ein solches Verhalten in seinem Hause nicht gefallen zu lassen, konnte vielmehr von seinem Hausrechte Gebrauch machen. Er war auch nicht unter allen Umständen darauf beschränkt, dies in der Form einer bloßen Aufforderung, sein Haus zu verlassen, zu tun, selbst dann nicht, wenn er keinen Grund zu der Annahme hatte, daß diese freiwillig nicht befolgt werden würde. Wie weit der in seinem Hausfrieden Verletzte bei der Abwehr dieses Eingriffes gehen darf, richtet sich ganz nach dem Einzelfalle. Ein allgemeiner Rechtssatz, daß auch eine Androhung gewaltsamer Entfernung immer unter § 193 des Strafgesetzbuchs falle, ist ebensowenig anzuerkennen wie umgekehrt die Ansicht, die anscheinend das Berufungsgericht vertritt, als richtig angesehen werden kann, daß nämlich für die Androhung gewaltsamer Entfernung der Schutz des § 193 immer dann versage, wenn der Verletzte keinen Grund zu der Annahme hatte, daß eine bloße Aufforderung, das Haus zu verlassen, freiwillig nicht befolgt werden würde. Die besondere Sachlage ist zu berücksichtigen. Die Art der Beleidigung, die Form, in die sie gekleidet ist, die Umstände, die sie begleiten, können die Verletzung des Hausrechtes so erschweren, daß dem Verletzten die Berechtigung zu einem erhöhten Maße der Abwehr zugestanden werden muß und ihm der Schutz des § 193 auch dann noch zugebilligt werden kann, wenn er die Aufforderung zum Verlassen des Hauses von vornherein in die wirksamere Form der Androhung gewaltsamer Entfernung kleidet.

Im vorliegenden Falle hat nun zwar das Berufungsgericht die Äußerungen des Nebenklägers B. nicht als beleidigend für den Angeklagten angesehen, und da diese Auffassung rechtlich nicht beanstandet werden kann, so muß das Revisionsgericht davon ausgehen, daß objektiv erschwerende Umstände, welche die schärfere Form der Androhung gewaltsamer Entfernung hätten rechtfertigen können, nicht vorlagen. Aber § 59 des Strafgesetzbuchs bot die Möglichkeit, auch die subjektive Auffassung des Angeklagten zu berücksichtigen, und das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob nicht der Angeklagte etwa irrtümlich angenommen hat, die Äußerungen des Nebenklägers B. enthielten einen ehrenkränkenden Angriff gegen ihn und überschritten in der oben dargestellten Weise die Grenzen der Wahrnehmung der berechtigten Interessen der Gegenpartei. Kann dies nicht als widerlegt angesehen werden, so ist davon auszugehen, daß der Angeklagte aus einem tatsächlichen Irrtum das Vorliegen einer nicht unter den Schutz des § 193 des Strafgesetzbuchs fallenden Beleidigung angenommen hat, und es ist dann weiter zu prüfen, ob dieser von seinem subjektiven Standpunkte aus derart war, daß nicht nur eine Aufforderung zum Verlassen des Hauses, sondern die verschärfte Form der Androhung gewaltsamer Entfernung gerechtfertigt war.

StGB. § 123. Wahrung des Hausrechtes auf dem Friedhofe gegenüber politischen Demonstrationen.

Urteil v. 10. März 1914. 10 S 22/14.

Der Pfarrer hat als Vorsitzender des Presbyteriums, das nach der Kirchenordnung für die evangelischen Gemeinden der Provinz Westfalen und der Rheinprovinz die Aufsicht über die im Kircheneigentum stehenden Gegenstände, also auch die Friedhöfe der Kirchengemeinde zu führen hat, ein unbeschränktes Hausrecht auf diesen und als dessen Ausfluß das Recht, alles Außergewöhnliche, das nicht den eigentlichen Zwecken des Begräbnisses dient, vom Friedhofe fernzuhalten. Die Bestimmung des PrALR. über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Duldung von Begräbnissen steht dem nicht entgegen. Sie soll zunächst nur das Recht des Gemeindemitgliedes, auf dem Friedhofe bestattet zu werden, feststellen. Damit ist aber nicht jedem, der an dem Leichenzuge teilnimmt, ein uneingeschränktes Recht auf Betreten des Friedhofes gegeben. Dieses besteht vielmehr nur zu dem Zwecke, an der Bestattung teilzunehmen, nicht aber zu dem Zwecke, politisch zu demonstrieren und außergewöhnliche Handlungen, wie das Niederlegen von Kränzen mit roter Schleife, auf dem Friedhofe vorzunehmen. Geschieht dies dennoch, so wird damit das Betreten des Friedhofes objektiv ein rechtswidriges.

StGB. § 360 Ziff. 8. Eine Entscheidung des Preußischen Heroldsamtes, durch welche die Befugnis zur Führung eines in Anspruch genommenen Adelsprädikats aberkannt wird, ist für den Strafrichter nicht bindend.

Urteil v. 20. Oktober 1914. 10 S 249/14.

Gründe: Das Reichsgericht hat diese Frage in dem Urteile vom 19. November 1909 (Entsch. in Strafsachen Bd. 43, S. 33) bejaht. Diesen Standpunkt teilen — außer dem Heroldsamte selbst (vg. Goltd. Arch. 57, 373, Recht 1911, 126, 165, 364, 655, Verwaltungsarchiv 18, 129) — das Oberlandesgericht Breslau (Goltd. Arch. 59, 174), das Oberlandesgericht Düssel-



dorf (in einer das Gemeine Adelsrecht betreffenden Entscheidung, abgedruckt Goltd. Arch. 60, 493 und Juristische Wochenschrift 42, 451), nach einer Mitteilung des Heroldsamtes im »Recht« 1911, 379 auch das Oberlandesgericht Marienwerder in zwei Entscheidungen vom 22. Januar und 23. April 1910, ferner Bagel im Preußischen Verwaltungsblatt 33, 390 und aus der Zeit vor der Entscheidung des Reichsgerichts das Oberlandesgericht Königsberg in Goltdammers Archiv 56, 249, während die Entscheidungen des Zivilsenats Ia des Kammergerichts vom 21. Mai 1908 (Jahrb. für die Entsch. des Kammergerichts 36 A 54) und 4. Oktober 1912 (Recht 1913, 171) nicht in Betracht kommen können, da sie die Frage nur für den Fall einer die Berichtigung des Standesregisters anordnenden gerichtlichen Entscheidung aus besonderen, für das Strafrecht ausscheidenden Gründen bejahen.

Andererseits hat der Standpunkt des Reichsgerichts in Rechtsprechung und Literatur heftigen Widerspruch erfahren. Mit eingehender Begründung treten dem Reichsgericht namentlich der zweite Strafsenat des Kammergerichts (Jahrb. für die Entsch. des Kammergerichts 39 C: 3 ff) unter Aufrechterhaltung seiner früheren Rechtsprechung (ebenda 36 C: 105) und das Oberlandesgericht Köln (Goltd. Arch. 59, 213, auch Juristische Wochenschrift 41, 97), von Schriftstellern Hein (Deutsche Juristenzeitung 1910, 398 und 753), Olenheinz (Juristische Wochenschrift 47, 173) und vor allem Kohler (Goltd. Arch. 59, 193) entgegen; außerdem verneinen die Frage im Gegensatz zum Reichsgericht der erste Strafsenat des Kammergerichts (Recht 1913, 103), das Oberlandesgericht Posen (Goltd. Arch. 57, 374), Koffka (Deutsche Juristenzeitung 1908, 67), der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte (Justizministerialblatt 1895, 426), für das Zivilrecht das frühere Preußische Obertribunal (Entsch. 46, 193), ein in der Deutschen Juristenzeitung 1911, Seite 1427 erwähntes Urteil des Oberlandesgerichts Celle und das Reichsgericht selbst in Gruchots Beiträgen 42, S. 982.

Der Strafsenat des Oberlandesgerichts Hamm ist bisher der Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 43, S. 33 gefolgt, kann diesen Standpunkt aber auf Grund erneuter Nachprüfung nicht aufrechterhalten, sondern hat sich überzeugt, daß die Entscheidung des Reichsgerichts nicht haltbar ist, und hat sich der entgegengesetzten Meinung angeschlossen, daß der Strafrichter an einen Bescheid des Heroldsamtes, durch welchen die Anerkennung eines beanspruchten Adels versagt wird, nicht gebunden ist.

Einer der ersten Grundsätze des Strafprozesses, der in den §§ 260, 261 der Strafprozeßordnung seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, geht dahin, daß der Strafrichter berufen ist, über alle Vorfragen, die für seine Entscheidung wesentlich sind, selbst zu entscheiden. Dieser Grundsatz ist, soweit die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses abhängt, im § 261 der Strafprozeßordnung ausdrücklich hervorgehoben. Aus der Hervorhebung dieses einzelnen Falles darf aber nicht geschlossen werden, daß für andere als bürgerliche Rechtsverhältnisse die selbständige Beurteilung durch den Strafrichter habe ausgeschlossen werden sollen. Der allgemeine Grundsatz der richterlichen Selbständigkeit in allen für die Entscheidung wesentlichen Vorfragen ist schon im § 260 enthalten, und wenn daneben der Gesetzgeber den Fall der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses im § 261 noch besonders behandelt, so liegen hierfür andere Gründe näher als der, durch die Hervorhebung der bürgerlichen Rechtsverhältnisse die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse dem Strafrichter stillschweigend zu entziehen. Einmal empfahl es sich wegen der Gefahr, daß die Ausnahme des § 261 Abs. 2 sonst in der Praxis zur Regel werden könnte,

den Grundsatz der Selbständigkeit des Strafrichters in der Beurteilung auch bürgerlicher Rechtsverhältnisse als Regel ausdrücklich voranzustellen, und außerdem mag dies aus dem Grunde notwendig erschienen sein, weil Zweifel über die selbständige Stellung des Strafrichters gegenüber Entscheidungen der ordentlichen Zivilgerichte wegen der auch bei diesen gewährleisteten Prüfung in einem geordneten Verfahren durch unabhängige Richter anderenfalls leicht hätten Platz greifen können. Es würde auch eine unnatürliche Regelung sein, wenn gegenüber Entscheidungen der ordentlichen Zivilgerichte ein selbständiges Prüfungsrecht des Strafrichters bestehen sollte, gegenüber Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, die im Gegensatz zu jenem nicht in allen Fällen durch unabhängige Richter getroffen werden, aber nicht. Diese unlogische Regelung kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben, und er hat sie auch nicht zum Ausdruck gebracht. Denn die allgemein gehaltene Fassung des § 260 der Strafprozeßordnung enthält nicht nur für die tatsächliche, sondern auch für die rechtliche Beurteilung den Grundsatz der Selbständigkeit des Strafrichters. Dieser Grundsatz ist denn auch ohne Ausschließung der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse bei den Instanzgerichten in ständiger Übung und wird auch von dem bekanntesten Kommentar zur Strafprozeßordnung von Loewe-Hellweg (Anm. 9 zu § 261) vertreten.

Seine Grenze findet der Grundsatz an solchen Entscheidungen der für sie zuständigen Gerichte und anderen Behörden, die unmittelbar eine Rechtsänderung herbeiführen, rechtsgestaltende Kraft haben, konstitutiv wirken. An Entscheidungen dieser Art ist der Strafrichter gebunden, nicht weil sie — wie die Motive zur Strafprozeßordnung Seite 188, 189 zutreffend bemerken — für ihn beweisend und darum bindend sind, sondern weil er die durch sie herbeigeführte Rechtsänderung als eine Tatsache hinzunehmen hat.

Der Grundsatz der Nichtbindung des Strafgerichts an Entscheidungen von Zivilgerichten und anderen Behörden ist also auf Entscheidungen deklaratorischer Natur beschränkt. Für diese aber gilt er unbeschränkt, soweit nicht ausnahmsweise durch eine ausdrückliche, klare Gesetzesbestimmung eine Bindung des Strafrichters ausgesprochen ist. Die umgekehrte, einer näheren Begründung entbehrende Meinung des Reichsgerichts (Entsch. in Strafsachen Bd. 43, S. 33 ff.), daß die Entscheidung über Staatshoheitsrechte den ordentlichen Gerichten entzogen sei und eine Ausnahme von diesem Grundsatze besonderer Begründung bedürfe, ist nicht überzeugend, um so weniger, als die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts in dem Beschlusse Band 41, Seite 272 der Entscheidungen in Zivilsachen ausgesprochen haben, daß die Zuständigkeit der Gerichte auch Fragen öffentlich-rechtlicher Natur umfasse, und daß eine Beschränkung dieser Zuständigkeit eine besondere Gesetzesvorschrift voraussetze. Den Strafrichter hierin ungünstiger zu stellen als den Zivilrichter, würde nicht mit dem Grundsatz vereinbar sein, daß der Strafrichter zur Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet ist, während der Zivilrichter hierin durch den Gebrauch, den die Parteien von ihren prozessualen Befugnissen und insbesondere von ihren Beweismitteln machen, beschränkt ist.

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen kann eine Entscheidung des Heroldsamtes für den Strafrichter nur dann bindend sein, wenn diese Entscheidung entweder rechtsgestaltende Kraft hat, oder wenn einer nur deklaratorisch wirkenden Entscheidung des Heroldsamtes durch eine ausdrückliche, klare Gesetzesbestimmung verbindliche Kraft für den Strafrichter beigelegt worden ist.

Rechtsgestaltende Kraft kann ein von dem Heroldsamte namens des Königs erklärte Anerkennung einer zweifelhaften Adelsberechtigung haben, — wenigstens, soweit die Folgen für die Zukunft in Betracht kommen —. Voraussetzung hierfür ist, daß die Anerkennung befugterweise von dem Heroldsamte nicht nur als rein feststellende Entscheidung erfolgt, sondern mit dem Willen, daß der Adel, sollte er auch bisher nicht vorhanden gewesen sein, von nun an auf alle Fälle bestehen soll. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um eine solche, den Adel positiv anerkennende Entscheidung, sondern im Gegenteil um einen Bescheid, welcher die Anerkennung einer beanspruchten Adelsberechtigung versagt. Entscheidungen dieser negativen Art mit konstitutiver Wirkung zu treffen, ist das Heroldsamt nicht befugt. Denn sie würden unter Umständen einer Vernichtung eines bestehenden Adels gleichkommen, und das Recht, einen bestehenden Adel zu vernichten, ihn zu entziehen, ist in Preußen — was unstreitig ist — nicht einmal dem Könige, von welchem das Heroldsamt seine Befugnisse ableitet, gegeben.

Es bleibt daher nur noch zu erörtern, ob etwa eine ausdrückliche, klare Gesetzesvorschrift besteht, nach welcher der Strafrichter einen deklaratorischen Bescheid des Heroldsamtes, durch welchen die Anerkennung eines beanspruchten Adels versagt wird, als ihn bindend seiner Entscheidung ohne eigene Nachprüfung zugrunde zu legen hat. Eine reichsgesetzliche Vorschrift dieser Art gibt es jedenfalls nicht. Ob durch landesrechtliche Bestimmungen der prozessuale Grundsatz des § 260 der Strafprozeßordnung überhaupt eingeengt werden darf, kann zweifelhaft sein (vgl. hierüber die Urteile des Kammergerichts Jahrb. 36 C 106 ff. und des Oberlandesgerichts Köln in Goltd. Arch. Bd. 59, S. 213 ff. sowie Kohler ebenda S. 204). Diese Frage bedarf aber keiner Entscheidung. Denn eine landesgesetzliche Vorschrift jenes Inhalts besteht im Gebiete des preußischen Allgemeinen Landrechts nicht. Das Reichsgericht freilich hat sie im Wege der Auslegung in den §§ 17 bis 20 und 95 II, 9 mit dem Anhangsparagraphen 120 des Allgemeinen Landrechts gefunden. Die Ausführungen, mit welchen das Kammergericht diese Auslegung bekämpft, sind aber so überzeugend, daß es genügt, auf sie zu verweisen. Und selbst wenn man ihnen nicht folgen wollte, so würde doch zum mindesten die Auslegung und Tragweite der angeführten Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts so zweifelhaft bleiben, daß in ihnen ein klarer Ausdruck des Grundsatzes, daß der Strafrichter an eine deklaratorische Entscheidung des Königs (und des von ihm später eingesetzten Heroldsamtes) über die Nichtberechtigung eines beanspruchten Adels gebunden sein solle, nicht gefunden werden können. Nur eine klare, unzweideutige Gesetzesbestimmung aber würde geeignet sein, einer Einschränkung eines der gewichtigsten prozessualen Grundsätze als Grundlage zu dienen.

Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß die Selbständigkeit des Richters in der Beurteilung beanspruchter Adelsberechtigungen zu widersprechenden Urteilen verschiedener Gerichte führen könne. Diese Folge ist sicherlich unbefriedigend, kann aber natürlich nicht dazu führen, dem Richter prozessuale Befugnisse, die ihm gesetzlich zustehen, abzuerkennen und dem Heroldsamte Befugnisse zu geben, die es gesetzlich nicht hat. Die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen ist übrigens nicht etwas gerade diesem Falle Eigentümliches; sie besteht in demselben Maße auch auf anderen Rechtsgebieten, deren Bedeutung einer beanspruchten Adelsberechtigung nicht nachsteht, zum Beispiel — um bei dem § 360 Ziff. 8 des StGB. zu bleiben — bei der Frage, ob eine Berechtigung zur Führung bean-

spruchter Titel oder Würden besteht. Andererseits würde es ein für einen Rechtsstaat unerträglicher Zustand sein, wenn das Heroldsamt mit verbindlicher Kraft für die Gerichte berechtigt wäre, ohne die Garantien, die ein gerichtliches Verfahren bietet, eine beanspruchte Adelsberechtigung abzuerkennen und damit in die Persönlichkeits- und Familien-, unter Umständen auch in bedeutungsvolle Vermögensrechte der den Adel in Anspruch nehmenden Person entscheidend einzugreifen.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Alsberg, Berlin.

Bildung einer Gesamtstrafe im Beschlußverfahren gemäß § 492 StPO. bei nur teilweiser Verfolgung der Revision.

Beschl. d. StS. d. KOG. Hamm v. 27. Februar 1914. 10 W 140/14.

Die Beschwerden werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die zu vollstreckende Reststrafe vom 17. Januar 1914, mittags 12 Uhr, ab zu berechnen ist. Die Kosten der Rechtsmittel werden zu 2/3 dem Beschwerdeführer auferlegt.

Gründe: Nachdem sowohl der Angeklagte wie die Königliche Staatsanwaltschaft die gegen das Urteil vom 22. November 1913 eingelegte Revision teilweise zurückgenommen haben, sind die wegen Bilanzvergehen in neun Fällen erkannten Einzelstrafen von je 4 Monaten Gefängnis und je 90 Mark Geldstrafe rechtskräftig geworden. Daneben besteht rechtskräftig die durch Urteil vom 21. November 1911 festgesetzte Gefängnisstrafe von 8 Monaten. Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen gemäß § 492 der Strafprozeßordnung aus den erkannten Gefängnisstrafen eine Gesamtstrafe gebildet werden muß. Für deren Bemessung bestimmt § 74 des Strafgesetzbuchs die Grenze nach unten und nach oben: Die verwirkte schwerste Strafe — 8 Monate Gefängnis — ist zu erhöhen, und der Gesamtbetrag der verwirkten Einzelstrafen — 44 Monate Gefängnis — darf nicht erreicht werden. Innerhalb dieses Strafrahmens ist das Gericht in der Bemessung der Gesamtstrafe frei, und insbesondere ist es an das Verhältnis, in welchem in dem Urteile vom 22. November 1913 die Einzelstrafen auf die Gesamtstrafe zurückgeführt sind, nicht gebunden; es kann auch eine höhere Gesamtstrafe festsetzen, als sich nach diesem Verhältnisse ergeben würde. Hierdurch wird der Angeklagte nicht benachteiligt. Wird das Urteil vom 22. November 1913 in vollem Umfange rechtskräftig, so bleibt auch die in ihm enthaltene Festsetzung der Gesamtstrafe als die frühere Entscheidung unter Wegfall der jetzigen in Kraft. Hat die Revision des Angeklagten, soweit sie noch schwebt, vollen Erfolg, indem der Angeklagte entweder sofort von dem Revisionsgericht oder nach Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz wegen aller anderen Straftaten als der jetzt rechtskräftig abgeurteilten freigesprochen wird, so steht er nicht schlechter, als er gestanden haben würde, wenn er seine Revision nicht, wie geschehen, beschränkt, sondern in vollem Umfange durchgeführt, aber in dem Umfange, wie er sie jetzt zurückgenommen hat, keinen Erfolg gehabt hätte; denn auch in diesem Falle würde nicht etwa vom Revisionsgericht eine Gesamtstrafe nach dem Verhältnis der Einzelstrafen, welches dem Urteile vom 22. November 1913 entspricht, gebildet worden sein, sondern das Revisionsgericht würde die Sache zwecks Bildung einer neuen Gesamtstrafe aus den verbliebenen Einzelstrafen an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen haben, und dieses würde auch dann bei Festsetzung der Gesamtstrafe nur an die Grenzen des § 74 gebunden ge-

wesen sein. Das Verhältnis, in welchem die Gesamtstrafe gebildet ist, geht in einem solchen Falle nicht in Rechtskraft über. Hat schließlich der Angeklagte mit seiner Revision, soweit sie noch schwebt, nur den Erfolg, daß die Sache ganz oder teilweise an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen wird, erfolgt aber in der neuen Hauptverhandlung von neuem Verurteilung, so kann zwar bei dieser die jetzt festgesetzte Gesamtstrafe, falls sie inzwischen ganz vollstreckt sein sollte, nicht mehr geändert werden (§ 79 StPO.). Aber auch in diesem Falle erleidet der Angeklagte keinen Schaden dadurch, daß das in dem Urteile vom 22. November 1913 angewandte Verhältnis zwischen Einzelstrafen und Gesamtstrafe bei der jetzigen Teilfestsetzung nicht eingehalten ist. Denn das Gesamtmaß der Strafe, die den Angeklagten schließlich treffen wird, darf — wofern nicht etwa, was für die jetzige Entscheidung unerheblich ist, auch die Revision der Staatsanwaltschaft Erfolg haben sollte — mit Rücksicht auf § 398 Abs. 2 StPO. jedenfalls nicht höher sein als die in dem Urteile vom 22. November 1913 erkannte Gesamtstrafe und, wenn teilweise Freisprechung erfolgen sollte, die Summe der für die bestehenbleibenden Fälle ausgesetzten Einzelstrafen nicht erreichen. Diese Rechtslage des Angeklagten aber ist dieselbe, wie sie bestehen würde, wenn die Revision nicht teilweise zurückgenommen, sondern auch insoweit durchgeführt wäre, aber ohne Erfolg.

Innerhalb des Rahmens des § 74 StGB. hat die Strafkammer die rechtskräftigen Einzelstrafen von zusammen 44 Monaten auf eine Gesamtstrafe von 3 Jahren 4 Monaten — 40 Monaten zurückgeführt. Diese Festsetzung ist der Sachlage angemessen. Die Erwägung, daß die längere Dauer einer Gefängnisstrafe nicht lediglich eine Verlängerung der Strafzeit bedeutet, sondern auch die Fühlbarkeit der Strafe und ihre Wirkung auf Körper und Geist mit der Dauer zuzunehmen pflegt, führt in der Praxis aus Billigkeitsgründen dazu, bei Bildung einer Gesamtstrafe größere Summen von Einzelstrafen in verhältnismäßig erheblicherem Maße herabzusetzen als kleinere Summen. Wenn also die gegen den Angeklagten erkannten sehr erheblichen Einzelstrafen im Verhältnis von 15 zu 7 auf eine Gesamtstrafe von 7 Jahren herabgesetzt sind, so ist es nicht gerechtfertigt, die jetzt zusammenzuziehenden Einzelstrafen von nur 44 Monaten — was an sich gesetzlich zulässig sein würde — in demselben Verhältnis herabzusetzen. Die Ermäßigung von 44 auf 40 Monate, die das Landgericht beschlossen hat, ist zwar nicht erheblich, erscheint aber sachgemäß, wenn man berücksichtigt, daß die für die Bilanzvergehen eingesetzten Einzelstrafen von je 4 Monaten Gefängnis und 90 Mark Geldstrafe bei den unheilvollen Folgen, die gerade auch sie haben konnten und gehabt haben, gering bemessen sind. Für das Unglück, das der Angeklagte über weite Kreise gebracht hat, würde es keine ausreichende Sühne sein, wenn er eine geringere Strafe bekäme als die von dem Landgericht jetzt festgesetzte, und bei der jetzigen Festsetzung ist natürlich zu unterstellen, daß diese Strafe die einzige bleiben werde. Sollte später neben der jetzt beschlossenen eine weitere selbständige Strafe festgesetzt werden, was nach den obigen Ausführungen möglich ist, so wird es Sache des später erkennenden Gerichtes sein, bei der Bemessung der neuen Gesamtstrafe auf die Höhe der jetzigen Rücksicht zu nehmen, wenn es auch formell nicht mehr möglich sein sollte, diese einzubeziehen.

Auf den Einwand der Beschwerde, es würde ein Mißverhältnis sein, wenn im Falle der Verwerfung der noch schwebenden Revision auf die übrigen Straftaten nicht mehr Strafe entfallen werde als auf die bisher rechtskräftig festgestellten Vergehen, ist zu erwidern, daß bei Verwerfung der Revision die in dem Urteile erkannte Gesamtstrafe wieder in Kraft tritt.

Daß die Untersuchungshaft in der vollen, in dem Urteile vom 22. November 1913 festgesetzten Höhe schon auf die jetzt bestimmte Gesamtstrafe angerechnet ist, belastet den Angeklagten nicht, ist ihm vielmehr günstig. Nach Abzug dieser Untersuchungshaft und der auf die Einzelstrafe vom 21. November 1911 schon vollstreckten Strafhaft verbleiben von der Gesamtstrafe von 3 Jahren 4 Monaten noch 3 Monate 10 Tage.

Diese Reststrafe ist vollstreckbar. Zwar irrt das Landgericht, wenn es annimmt, daß es sich hier um die Vollstreckung des Restes der Strafe vom 21. November 1911 handele. Denn diese besteht, nachdem sie in die jetzt festgesetzte Gesamtstrafe rechtskräftig einbezogen ist, nicht mehr selbständig, sondern ist in der Gesamtstrafe aufgegangen, so daß die 3 Monate 10 Tage einen Teil der letzteren bilden. Aber das hindert die Vollstreckung nicht. Es ist freilich in Literatur (vgl. namentlich Hempfing in Goltdammers Archiv 34, 108 ff. und Hellwig in Loewes Kommentar zur StPO., 12. Aufl., Anm. 6c zu § 481) und Rechtsprechung (vgl. Bayrisches Oberstes Landesgericht in Strafsachen 7, 201, und 10, 71) die Ansicht vertreten worden, die Vollstreckung nicht angegriffener Einzelstrafen eines noch weitere Einzelstrafen umfassenden und wegen der letzteren angefochtenen Urteils sei unzulässig. Diese Frage kann jedoch nach dem Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 39, 276 als im Sinne der Zulässigkeit der Vollstreckung entschieden angesehen werden; wenigstens schließt sich das entscheidende Beschwerdegericht dieser Ansicht unter Billigung der von dem Kammergericht in der Entscheidung in Goltdammers Archiv Bd. 56 S. 339 gegebenen eingehenden Begründung an. Daß im vorliegenden Falle noch eine weitere, längst rechtskräftige und vollstreckbare Strafe mit den rechtskräftigen Einzelstrafen aus dem Urteile vom 22. November 1913 zu einer Gesamtstrafe zusammengezogen ist, kann die Vollstreckbarkeit der letzteren nicht hindern.

Die Vollstreckung der 3 Monate 10 Tage ist also zulässig. Zu Unrecht lehnt aber das Landgericht die Festsetzung eines Anfangstermins für die Berechnung der Strafzeit ab. Die Notwendigkeit dieser Bestimmung folgt aus § 482 der Strafprozeßordnung. Mit Recht hat das Reichsgericht aus Billigkeitsgründen angenommen, daß § 482 auch analoge Anwendung finde, wenn ein Urteil teilweise nicht mehr von dem Angeklagten angefochten ist, so daß also in diesem Falle auf den rechtskräftigen Teil der erkannten Strafe die Untersuchungshaft, die der Angeklagte seit dem im § 482 angegebenen Zeitpunkte erlitten hat, anzurechnen ist. Eine Verwicklung tritt in vorliegendem Falle dem regelmäßigen Tatbestande eines solchen Falles insofern hinzu, als in dem als vollstreckbar verbliebenen Reste der Gesamtstrafe anteilig auch die frühere Einzelstrafe aus einer Sache enthalten ist, in der ein Haftbefehl nicht besteht. Aber hierdurch darf der Angeklagte nicht schlechter gestellt werden. Zwar ist es in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 41 S. 318 und in Weiterbildung des dort aufgestellten Grundsatzes als unzulässig anzusehen, daß auch auf die frühere Einzelstrafe die seit der teilweisen Zurücknahme der Revision gegen das letzte Urteil verbüßte Untersuchungshaft angerechnet wird. Das gilt jedoch, wie analog dem in RGSt. 41, 318 entschiedenen Falle anzunehmen ist, nur für den verhältnismäßigen Anteil jener Einzelstrafe an dem vollstreckbaren Reste der Gesamtstrafe. In Höhe des verhältnismäßigen Anteils, den an dieser Reststrafe die rechtskräftigen Einzelstrafen aus dem letzten Verfahren haben, ist die seit der teilweisen Zurücknahme der Revision erlittene Untersuchungshaft anzurechnen, und da die rechtskräftigen Einzelstrafen und die früher erkannte Einzelstrafe im Verhältnis von 9 zu 2 an der Gesamtstrafe und ihrem vollstreckbaren Reste

beteiligt sind, so ist der auf erstere entfallene Teil durch die seit der teilweisen Zurücknahme der Revision erlittene Untersuchungshaft noch nicht verbraucht. Die Anrechnung dieser Untersuchungshaft wird dadurch, daß etwa — was zurzeit nicht nachgeprüft werden kann — der Haftbefehl nicht gerade wegen der jetzt rechtskräftig abgeurteilten Straftaten des letzten Urteils, sondern wegen anderer Straftaten verhängt war, nicht gehindert. Denn die Anrechnung ist auch zulässig auf Strafen, die wegen der Straftaten verhängt sind, die zwar nicht unter den Haftbefehl fielen, aber in demselben Urteil wie die dem Haftbefehl unterliegenden abgeurteilt sind (vgl. RGSt. 3, 264).

Diese Erwägungen mußten dazu führen, die Vollstreckung des Restes der Gesamtstrafe von 3 Monaten 10 Tagen zwar zuzulassen, den Beginn dieser Strafzeit aber auf den 17. Januar 1914, mittags 12 Uhr, festzusetzen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 505 StPO.

Oberlandesgericht Cassel.

Mitgeteilt von Senatspräsident Stegemann, Cassel.

Das Antragsrecht aus § 170 StPO. geht beim Tode des Verletzten nicht auf dessen Eltern über.

Beschl. v. 17. Februar 1914.

Die Postgehilfin A. S. hatte gegen den Postverwalter K. eine Privatklage wegen Verleumdung anhängig gemacht. Die Verfolgung wurde von der Staatsanwaltschaft übernommen, das Verfahren jedoch späterhin von ihr eingestellt. Auf den von der A. S. gemäß § 170 StPO. gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung ordnete das Oberlandesgericht weitere Ermittelungen an. Während dieser Ermittelungen starb die A. S. Ihre Eltern zeigten an, daß sie gemäß § 433 Abs. 2 StPO. das Verfahren fortsetzten. Der Antrag wurde als unzulässig verworfen.

Gründe: Mit der seitens der Staatsanwaltschaft erklärten Übernahme der Verfolgung rückte die frühere Privatklägerin A. S. gemäß § 417 Abs. 3 StPO. ohne weiteres in die Stellung einer Nebenklägerin ein (vgl. RG. in Strafs. Bd. 7, 444). Die hieran geknüpften Wirkungen, insbesondere das Recht der A. S., gemäß § 170 StPO. gegen den ablehnenden Bescheid des Oberstaatsanwalts v. 24. 9. 1913 auf gerichtliche Entscheidung anzutragen, ist aber durch den am 6. 12. 13 erfolgten Tod der A. S. erloschen. (Vgl. § 442 StPO.)

Die Eltern der Verstorbenen, die jetzigen Antragsteller, sind auch nicht an die Stelle ihrer Tochter A. getreten. Ihre Ansicht, sie seien gemäß § 433 Abs. 2 StPO. zur Fortsetzung des Verfahrens und damit zur Durchführung des Antrages auf gerichtliche Entscheidung befugt, ist unzutreffend, weil § 433 Abs. 2 nur für den Rahmen der Privatklage, nicht aber auch für die Nebenklage und den dieser gleich zu achtenden Fall des § 417 Abs. 3 StPO. gilt (vgl. auch Löwe, StPO. § 442 Z. 3).

Insbesondere ist aus der nach § 433 Abs. 2 den Eltern unter Umständen zustehenden Befugnis, die Privatklage fortzusetzen, nicht zu schließen, daß die Antragsteller zu den antragsberechtigten »Verletzten« des § 170 StPO. zu rechnen sind.

Ob der Begriff des »Verletzten« weit oder einschränkend auszulegen ist, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Denn selbst bei weitester Fassung des Begriffes kann als Verletzter doch nur der gelten, dessen Rechtssphäre durch das Delikt irgendwie berührt wird. Von einer Verletzung der Rechtssphäre der Antragsteller könnte aber im vorliegenden Falle nur die Rede sein, wenn etwa der Fall der Beschimpfung des Andenkens der Verstorbenen (§ 189 StGB.) gegeben wäre, was aber zweifellos nicht der Fall ist.

Oberlandesgericht Jena.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Becker, Jena.

StGB. § 368 Ziff. 9, § 17 des RG. über das Postwesen vom 28. Oktober 1871. Wie weit haben die Gerichte zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 17 des Postgesetzes bei Benutzung privater Wege durch Posten gegeben sind?

Urteil des 1. Strafsenats v. 27. Juni 1913. S 55/13.

Der Angeklagte ist fahrender Landbriefträger und hat die Brief- und Paketpost zwischen Schmiedefeld und Frauenwald zu besorgen. Am 25. Januar 1913 hat er mit seinem Postschlitten nicht seinen gewöhnlichen Postweg, die neue Straße von Schmiedefeld nach Frauenwald, benutzt, sondern einen geschlossenen, privaten Holzabfuhrweg des Forstfiskus, weil die neue Straße nicht befahrbar gewesen sei. Wie er behauptet, ist sie auf einer Strecke noch mit hohem Schnee bedeckt gewesen, auf der andern aber ist der Schnee bereits geschmolzen gewesen, so daß sie weder mit Schlitten noch mit Wagen befahrbar gewesen ist. Das Landgericht glaubt ihm, daß er den Privatweg benutzt hat, weil er die Straße nicht für befahrbar gehalten hat. Es meint aber, er habe mit Unrecht angenommen, daß die Straße nicht befahren werden könne; sie sei für Wagen benutzbar gewesen; er habe sich das auch sagen müssen und habe den Postwagen benutzen können. Es hat ihn deshalb wegen fahrlässiger Übertretung des § 368 Ziff. 9 StGB. verurteilt.

Das ist rechtsirrtümlich, denn die Übertretung des § 368 Ziff. 9 StGB. ist nur strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen wird (vgl. Thür. Blätter 59 S. 56). Vorsatz des Angeklagten ist aber nach den Feststellungen des Landgerichts ausgeschlossen. Er hat, wie es feststellt, den Privatweg benutzt in Ausübung des Rechts, das der § 17 des Reichsgesetzes über das Postwesen vom 28. Oktober 1871 den Posten gibt. Danach können die ordentlichen Posten usw. in besonderen Fällen, in denen die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passieren sind, die Neben- und Feldwege und die ungehegten Wiesen und Äcker benutzen. Der Angeklagte hat also den Privatweg befahren in der Meinung, ein besonderes Recht dazu zu haben. Wenn er sich das Recht im gegebenen Falle, wie das Landgericht ausführt, auch irrigerweise zugeschrieben hat, so ist ihm das doch höchstens als Fahrlässigkeit anzurechnen. Der Vorsatz ist durch den Irrtum jedenfalls ausgeschlossen, da es sich dabei nicht um einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum, sondern nur um einen Irrtum über die Tragweite der außerhalb des Strafrechts stehenden Norm des § 17 des Postgesetzes handelt.

Das Urteil des Landgerichts enthält aber auch noch einen weiteren Rechtsirrtum. Das Landgericht hatte zwar nachzuprüfen, ob der An-

geklagte überhaupt bei der Benutzung des Weges die ihm nach § 17 des Postgesetzes zustehende Befugnis ausüben wollte, und ob die rechtlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben waren (ob also z. B. die Post des Angeklagten zu den bevorrechtigten Posten gehört hat, vgl. Deutsche Jur.-Ztg. 1897 S. 406), nicht aber, ob er tatsächlich mit Recht den gewöhnlichen Weg für unbenutzbar oder für nur schwer benutzbar gehalten hat. Darüber haben lediglich die betreffenden Postbeamten selbst zu entscheiden.

Das Vorrecht des § 17 des Postgesetzes ist gegeben, damit der Postdienst pünktlich und ordentlich durchgeführt werden kann. Die Beamten sollen in der Lage sein, auch bei schlechten Wegeverhältnissen ihre Posten rechtzeitig zu befördern und ihre Dienstvorrichtungen rechtzeitig auszuführen. Sie müssen sich im einzelnen Falle schlüssig machen, ob es dazu nötig ist, vom gewöhnlichen Wege abzuweichen, weil seine Beschaffenheit Hindernisse bietet. Ob es nötig ist, läßt sich nur aus den Interessen des Postdienstes heraus entscheiden. Es handelt sich also bei der Entscheidung um eine Frage des inneren Postdienstes, über die die Verwaltungsbehörde durch ihre Beamten zu befinden hat, um die Frage, wie im Postbetrieb zweckmäßig zu verfahren ist. Den Gerichten kann hier keine Nachprüfung zustehen, sie würden sich damit in den Betrieb der Postverwaltung einmischen und ihr Ermessen an die Stelle des Urteils des fachkundigen Beamten setzen.

Damit ist nicht etwa der Willkür der betreffenden Postbeamten Tür und Tor geöffnet. Denn darüber, daß Übergriffe vermieden werden, haben die Dienstaufsichtsbehörden zu wachen, die auf Verstöße der Beamten aufmerksam gemacht werden können.

Oberlandesgericht Stettin.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Dr. Doehl, Stettin.

§§ 127, 148 Ziff. 9 RGO. Ist der Lehrherr verpflichtet, den Lehrling, ohne Rücksicht auf dessen Lebensalter, während der ganzen Dauer der Lehrzeit zum Besuche der Fortbildungsschule anzuhalten?[1])

Aus den Gründen: Der Angeklagte ist von den Vorinstanzen wegen Übertretung des § 148 I Ziff. 9 RGO. zu Geldstrafe verurteilt worden unter der Feststellung, daß er seinen am 4. November 1895 geborenen Lehrling A. Z. im Dezember 1913 und Januar 1914 nicht in die gewerbliche Fortbildungsschule zu L. geschickt habe. Das Berufungsgericht legt den § 127 I RGO. dahin aus, daß er nur für Handwerkslehrlinge gelte und deshalb die Zeitbestimmung des § 120 RGO. nicht auf Handwerkslehrlinge Anwendung finde, daß vielmehr ein Handwerkslehrling die Fortbildungsschule so lange zu besuchen habe, als seine Lehrzeit dauere. Mit Recht greift die Revision diese Auslegung als irrtümlich an.

Die Vorschrift des § 127 RGO. gilt für alle unter die Gewerbeordnung fallenden Gewerbe, soweit nicht im Gesetze, wie in § 154 I RGO., Ausnahmen vorgesehen sind. Das folgt schon aus der Einteilung des Gesetzes. Denn § 127 RGO. steht im Unterabschnitte A »Allgemeine Bestimmungen«,

---

[1]) Vgl. hierzu noch den Aufsatz von Hilse in Goltd. Archiv, Bd. 54 S. 337. Für unbeschränkte Ausdehnung der Schulpflicht der Lehrlinge neuestens: Kammergerichtsurteil v. 27. April 1914, abgedr. in Pr. M. Hand.-Gew.Verw. 1914, S. 265. D. E.

während die »Besonderen Bestimmungen für Handwerker« im Unterabschnitt B, der mit § 129 RGO. beginnt, enthalten sind. Überdies spricht § 139 aa RGO. ausdrücklich die Geltung der §§ 126—128 auch für die Fabriklehrlinge aus. Andererseits findet aber der Abschnitt I des Titels VII, welcher die «Allgemeinen Verhältnisse« der gewerblichen Arbeiter regelt, auch auf die Lehrlingsverhältnisse des Abschnitts III Anwendung. (v. Landmann, Kommentar 6 Anm. 1 zu § 126, Vorbem. a zu Abschn. III.) Die Vorschrift des § 127 RGO. kann mithin nicht für sich, sondern nur im Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen des VII. Titels ausgelegt werden.

Die Pflicht zum Besuche der Fortbildungsschule ist im § 120 III RGO. nur den Fortbildungsschülern selbst auferlegt. Die Verpflichtungen, welche nach der gleichen gesetzlichen Vorschrift für die Eltern, Vormünder und Arbeitgeber durch Ortsstatut angeordnet werden können, sollen nur dazu dienen, die Durchführung des Schulzwanges zu sichern. Es handelt sich also bei diesen Verpflichteten nur um akzessorische Verbindlichkeiten. Eine weitere Bedeutung kommt auch der Vorschrift des § 127 RGO. nicht zu; hiernach ist der Lehrherr verpflichtet, den Lehrling zum Besuche der Fortbildungs- oder Fachschule anzuhalten und den Schulbesuch zu überwachen. Diese Pflicht besteht also nur insoweit, als für den Lehrling ein Zwang zum Besuche einer Fortbildungschule eingeführt ist. Mit diesem Zwange steht und fällt jene Pflicht. Wollte man annehmen, daß es sich hier um eine selbständige Verpflichtung des Lehrherrn handele, so würde damit ein mittelbarer Schulzwang für alle Lehrlinge begründet sein, gleichviel, ob an ihrem Wohn- oder Beschäftigungsorte Fortbildungsschulen mit oder ohne Schulzwang beständen. Der Zwangsschulunterricht wäre damit für einen erheblichen Teil der Arbeiter unter 18 Jahren eingeführt. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Reichsgesetzgeber eine so wichtige und einschneidende Änderung in der versteckten Form des § 127 RGO. getroffen haben sollte. Zweifellos würde er vielmehr die Pflicht zum Besuche der Fortbildungs- und Fachschulen den Lehrlingen auch unmittelbar auferlegt haben. Die Begründung des sogenannten Handwerks-Organisationsgesetzes vom 26. Juli 1897, welches auch die erörterte Pflicht des Lehrherrn einführte, läßt jedoch von einer solchen Neuerung nichts erkennen. Hier heißt es zu der vorgeschlagenen Änderung des § 127 RGO. nur, daß die Bestimmung den Inhalt des bisherigen § 126 RGO. wiedergebe, die Pflichten des Lehrherrn aber im Interesse der Ausbildung des Lehrlings erweitere. (Drucksachen des Reichstages 1895/97 S. 3801.) Es kann sich mithin nur um eine reichsgesetzliche Regelung der oben erörterten akzessorischen Pflicht des Lehrherrn handeln, während die gleiche Pflicht für die übrigen Arbeitgeber, die Eltern und Vormünder erst durch Ortsstatut (oder Landesgesetz) begründet werden muß.

Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Mitgeteilt von Landgerichtsdirektor Dr. v. Kraewel.

1. Zum Begriff der berechtigten Interessen (§ 193 StGB.).

2. Erkundigungspflicht des verantwortlichen Redakteurs bei Aufnahme beleidigender Artikel in den Handelsteil einer Tageszeitung.

3. Das Handelsblatt der Frankfurter Zeitung ist eine dem Handel dienende Fachzeitschrift.

Urteile des StS. des OLG. v. 26. Juni 1913 und 15. Januar 1914 in Sachen A. gegen St. — V. 59/18.

Im Vorabendblatt vom 9. Mai 1911 brachten die »Münchner Neuesten Nachrichten« (M. N. N.) im Anschluß an die Erörterung von Personalveränderungen in der Direktion der B. Boden-Kreditanstalt W. (B. B. W.) folgendes Telegramm ihres Korrespondenten in W.: »Wie ich höre, hat der Vorsitzende des Aufsichtsrats der B. B. W., Herr M. A. (Name ausgeschrieben), die auf seinen Aktienbesitz entfallende Dividende für das Jahr 1910 bereits am 1. März 1911 abgehoben, obgleich die Generalversammlung erst am 15. März über den Dividenvorschlag Beschluß zu fassen hatte. Wir geben diese Nachricht mit allem Vorbehalt wieder und erwarten, daß von zuständiger Seite dazu Stellung genommen wird. Sollte die Meldung zutreffend sein, was wir gern bezweifeln möchten, so würde diese Handlungsweise nicht nur dem guten Usus und dem Geist des Aktiengesetzes zuwiderlaufen, sondern auch mit den Ansichten des Herrn A. aus früheren Zeiten in Widerspruch stehen.«

Dieses Vorabendblatt ging am 9. Mai 1911 vormittags gegen 9 Uhr in der Redaktion der »Frankfurter Zeitung« in Frankfurt a. M. ein. Im Handelsblatt der Abendausgabe der »Frankfurter Zeitung« vom 9. Mai 1911, das an diesem Tage nachmittags gegen 3 Uhr redaktionsfertig zum Druck ging, wurde diese Nachricht — nach Wiedergabe der Notiz über die Personalveränderungen — wie folgt wiedergegeben:

B. Boden-Kreditanstalt W. . . . . «Bei diesem Anlaß bringt das Blatt die kaum glaubliche und deshalb auch nur unter allem Vorbehalt wiedergegebene Meldung, daß Herr A. (Name ausgeschrieben) die auf seinen Aktienbesitz entfallene Dividende für 1910 bereits am 1. März 1911 abgehoben habe, obwohl die Generalversammlung erst am 15. März über den Dividenvorschlag Beschluß zu fassen hatte. Herr A. wird kaum umhin können, sich hierzu zu äußern. Wie kam aber die Bank dazu, die vorzeitige Auszahlung zuzulassen?«

Am folgenden Tage brachte die »Frankfurter Zeitung« eine die Richtigkeit vorstehender Meldung dementierende Mitteilung der B. B. W.

A. erhob gegen den verantwortlichen Redakteur des Handelsblattes der »Frankfurter Zeitung« wegen des vorstehenden, in das Handelsblatt vom 9. Mai aufgenommenen Artikels Privatklage wegen Beleidigung. Schöffengericht und Berufungsgericht sprachen aus § 193 RGB. frei, letzteres mit der Begründung, daß das Handelsblatt der »Frankfurter Zeitung« als ein dem Handel dienendes Fachblatt anzusehen, auf welches die vom RG. Bd. 24, 304 ff. ausgesprochenen Grundsätze anzuwenden seien.

OLG. hebt auf: Zwar kann dem Vorderrichter darin beigetreten werden, daß die »Frankfurter Zeitung« in ihrem Handelsteile den Charakter einer Fachzeitschrift hat, und daß letzterer der Schutz des § 193 RGB. in weiterem Umfange zugebilligt werden kann als der Tagespresse. Damit ist aber die Frage, ob der vorliegende Tatbestand die Anwendung des § 193 RGB. rechtfertigt, noch nicht beantwortet. Wenn es sich darum handelt, eigene Interessen — oder nahe angehende fremde Interessen — dadurch zu wahren, daß über einen anderen eine beleidigende Behauptung aufgestellt oder verbreitet wird, so liegt stets eine Kollision der Interessen dieses Dritten an der Unversehrtheit seiner Ehre mit den eigenen Interessen vor. Bei dieser Interessenkollision gibt nun keineswegs das eigene Interesse ohne weiteres den Ausschlag. Der § 193 RGB. kann nicht dahin verstanden werden, daß jede Beleidigung straflos ist, sofern sie nur zu einem erlaubten Zweck erfolgt, vielmehr geht, wie Frank, Kommentar z. RGB. Anm. III zu § 193 RGB. zutreffend ausführt, der Gedanke des Gesetzes dahin, daß sich gewisse Interessen unter Umständen nicht anders als durch

Verletzung fremder Rechte wahrnehmen lassen, und dieser Notstand ist es, der im Gesetze Anwendung findet. Es muß hiernach, um die Anwendung des § 193 RGB. zu rechtfertigen, als erforderlich bezeichnet werden, daß die Verletzung fremder Ehre als ein durch die Umstände gebotenes Mittel der Wahrnehmung der Interessen des Beleidigers erscheint, dem es nicht zugemutet werden kann, die Verfolgung seines Interesses mit Rücksicht auf die Ehre eines anderen preiszugeben. Bei Prüfung der Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, sind die konkreten Umstände in Betracht zu ziehen. (RG. i. StS. Bd. 26, 76.) Es ist daher zu prüfen, ob die Veröffentlichung des Artikels in der Weise und zu der Zeit, wie geschehen, das durch die Umstände gebotene Mittel zur Wahrnehmung dieser Interessen war, ob insbesondere diese Interessen es erforderlich erscheinen ließen, den den »M. N. N.« entnommenen Artikel sofort im Abendblatt des 9. Mai zu veröffentlichen, oder ob diese Interessen nicht ebenso gewahrt wurden, wenn der Angeklagte sich vor der Veröffentlichung über die Richtigkeit der Nachricht bei der B. B. W. erkundigte. Diese Erkundigungspflicht vor Veröffentlichung eines beleidigenden Artikels ergibt sich, abgesehen vielleicht von Fällen, bei denen es sich um eine sehr wichtige und in der Bekanntgabe unaufschiebbare Mitteilung handelt, aus dem, was nach dem oben Ausgeführten als der Gedanke und Zweck des § 193 StGB. bezeichnet werden muß; sie ist geboten durch das, was Recht und Sitte verlangen, und folgt im vorliegenden Fall insbesondere auch daraus, daß das Handelsblatt der »Frankfurter Zeitung«, mag es an sich auch als Fachzeitschrift bezeichnet werden können, immerhin auch ein Teil der Zeitung als eines politischen Blattes ist und als solcher nicht nur Fachinteressenten, sondern auch dem gewöhnlichen Leserkreis der »Frankfurter Zeitung« zu Gesicht kommt, und vielfach auch von solchen Leuten gelesen wird, die an den Handels- und Börsenmitteilungen direkt nicht interessiert sind. Mitteilungen, die in dem Handelsblatt der »Frankfurter Zeitung« veröffentlicht werden, werden daher in der weitesten Öffentlichkeit bekannt und können, wenn sie beleidigende Tatsachen über eine Privatperson enthalten, diese in ihrer persönlichen Stellung und in ihren geschäftlichen Interessen auf das allererheblichste schädigen.

Auf Grund der darauf erneuten Berufungsverhandlung schloß die Strafkammer, den vorstehend gegebenen rechtlichen Gesichtspunkten folgend, die Anwendung des § 193 StGB. aus und verurteilte den Angeklagten zu Strafe. Die Entscheidung gründete sich im wesentlichen darauf, daß die Erkundigungspflicht hätte ausgeübt werden müssen, weil die Nachricht von vornherein als in ihrer Richtigkeit zweifelhaft von beiden Zeitungen (»M. N. N.« und »Frankf. Ztg.«) aufgefaßt war, und daß sie, unbeschadet der Pflicht rechtzeitiger journalistischer Berichterstattung durch den Angeklagten vor Veröffentlichung seines beleidigenden Artikels auch hätte ausgeübt werden können.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde vom OLG. verworfen:

Die Revision macht geltend, daß die Presse ihrer Aufgabe, über wichtige Vorgänge schnell zu berichten, nicht gerecht werden könne, wenn ihr die Verpflichtung auferlegt werde, jedesmal eine vorherige Erkundigung vorzunehmen, sobald es sich bei den betreffenden Vorgängen um Tatsachen handele, durch welche dritte Personen beleidigt würden; eine solche Erkundigungspflicht könne höchstens anerkannt werden bei Vorgängen, die der Presse als neue Vorgänge bekannt würden, keineswegs aber bei solchen Vorgängen, die aus anderen, vertrauenswerten Zeitungen entnommen würden. Hier bestehe eine allgemeine Übung der Presse, sich

nicht zu erkundigen, und diese allgemeine Übung sei auch zu berücksichtigen hinsichtlich der Prüfung dessen, was Recht und gute Sitte verlange.

Der Revision ist entgegenzuhalten, daß eine Erkundigungspflicht der Presse — und zwar handelt es sich hier und bei den folgenden Ausführungen nur um die Fachpresse, zu der das Handelsblatt der »Frankf. Ztg.« gehört — für alle Fälle der Veröffentlichung von Artikeln, die einen beleidigenden Inhalt haben, durch das frühere Revisionsurteil gar nicht aufgestellt, daß vielmehr, entsprechend RG. 26, 76, verlangt worden ist, daß in jedem einzelnen Fall nach den konkreten Umständen zu prüfen sei, welches Interesse bei der Interessenkollision überwiege. Zugunsten der Presse kann in dieser Beziehung eine allgemeine Ausnahme nicht gemacht werden, wie der Vorderrichter mit Recht angenommen hat; und wenn in der Revisionsinstanz von dem Angeklagten ausgeführt worden ist, daß es in der Presse üblich sei, Mitteilungen, wie die vorliegende, zur Diskussion zu stellen, um so Klärung zu schaffen, so würde eine solche Übung vom Rechte nicht gebilligt werden können, denn es geht nicht an, in der Presse Tatsachen, die für einen anderen beleidigend sind, schlechthin »zur Diskussion zu stellen«. Ob die Presse sich auf die Mitteilung eines Vertrauen genießenden anderen Blattes verlassen darf, und ihr nicht zugemutet werden kann, einer solchen Mitteilung gegenüber noch besondere Erkundigungen einzuziehen, kann vorliegend dahingestellt bleiben, jedenfalls kann hiervon dann keine Rede sein, wenn die Mitteilung des Blattes, aus dem die Wiedergabe erfolgt, selbst so gefaßt ist, daß sie zu berechtigten Zweifeln Anlaß gibt. Das letztere trifft aber nach dem Wortlaut der Nachricht, wie sie in den »M. N. N.« enthalten war, zu. Wenn nach der Art dieser Mitteilung der »M. N. N.« und den sonstigen Umständen, insbesondere der zur Verfügung stehenden Zeit und dem Inhalt der Mitteilung selbst — von der nicht anerkannt werden kann, daß sie auch für Interessenten so wichtig und eilig war, daß sie unter Außerachtlassung jeder anderen Rücksicht sofortiger Verbreitung bedurfte — der Vorderrichter angenommen hat, daß der Angeklagte sich vorher hätte erkundigen müssen, so ist das nicht zu beanstanden und entspricht den in dem früheren Revisionsurteil aufgestellten rechtlichen Gesichtspunkten. Ebensowenig sind die Ausführungen des Vorderrichters zu bemängeln, nach denen für den Angeklagten eine Möglichkeit, Erkundigungen einzuholen, vorgelegen habe. Bei dieser Sachlage kann auch der Behauptung des Angeklagten, daß er an die Richtigkeit der Mitteilung der »M. N. N.« mit Rücksicht auf frühere Vorfälle persönlich geglaubt habe, eine entscheidende Bedeutung ebensowenig beigemessen werden, wie sonst der Beleidiger nicht deshalb straflos ist, weil er der Meinung gewesen ist, die von ihm aufgestellte beleidigende Behauptung entspreche der Wahrheit. Im übrigen muß in diesem Zusammenhange darauf hingewiesen werden, daß der Angeklagte selbst die von ihm verbreitete Mitteilung als kaum glaubhaft bezeichnet hat.

StGB. § 223. Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern.

Urt. d. StS. des OLG. Frankfurt a. M. v. 20. 11. 13. Privatklage H. gegen B. — V. 46/13.

An einem Hause war öfters grundlos von Kindern an der Haustür geklingelt worden. Als es eines Tages wieder klingelte, eilte der Angeklagte, der erwachsene Sohn der Hausbewohnerin, an die Haustür, fand dort den 4jähr. und den 7jähr. Sohn des Privatklägers, welche zugaben, soeben mutwillig geklingelt zu haben. Darauf gab er dem 4jährigen Kinde eine

Ohrfeige, legte den 7jährigen Knaben über und schlug ihn mit der flachen Hand. Darauf gab er dem 4jährigen Kind noch eine Ohrfeige.

Des Revisionsgericht spricht aus folgenden Gründen frei: Wenn zunächst der Vorderrichter ausführt, daß jedermann das Recht habe, Kinder zu züchtigen, wenn sie Zuchtlosigkeiten begehen, welche die öffentliche Ordnung, das sittliche Empfinden der Allgemeinheit, als solches das Publikum zu verletzen geeignet sind, so befindet er sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (vgl. insbesondere Urteil des OLG. Jena in D. J.-Z. 1913 S. 296). Wenn der Vorderrichter dann aber weiter selbst dem Verletzten ein Züchtigungsrecht für den Fall bestreitet, daß Ungezogenheiten von Kindern sich nicht gegen die öffentliche Ordnung, sondern gegen einen beschränkten Personenkreis oder einzelne richten und der Gewalthaber am Einschreiten verhindert ist, so muß diese Auffassung als zu eng und einem praktischen Bedürfnis widersprechend bezeichnet werden. Ein Grund, weshalb bei Unarten von Kindern, die sich gegen die Öffentlichkeit richten, jedem, bei solchen Unarten aber, welche nicht die Öffentlichkeit als solche berühren, nicht einmal dem Verletzten ein Züchtigungsrecht gegeben sein soll, ist nicht ersichtlich; es läßt sich auch ein öffentliches Interesse daran, daß der einzelne jeweils Verletzte Ungezogenheiten von Kindern gegenüber nicht wehrlos ist, nicht in Abrede stellen. Bei der zur Entscheidung stehenden Frage ist davon auszugehen, daß ein Vater nicht nur ein Züchtigungsrecht, sondern auch eine Züchtigungspflicht hat, wenn seine Kinder Unarten begehen, durch welche dritte Personen belästigt werden. Daher darf vermutet werden, daß ein Vater, der sich seiner Pflicht bewußt ist, einer in rechten Grenzen gehaltenen Züchtigung seiner Kinder seitens dritter Personen, insbesondere seitens des Verletzten, zustimmen wird, wenn die sofortige Züchtigung angezeigt erscheint und er selbst nicht zur Stelle ist. Sogar, wenn im einzelnen Falle feststehen würde, daß der Gewalthaber seine Zustimmung versagt, müßte man trotzdem dritten Personen ein Züchtigungsrecht zubilligen unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 679 BGB., da die Erfüllung der Züchtigungspflicht, wie gesagt, im öffentlichen Interesse liegt (vgl. auch Urteil des OLG. Braunschweig in D. J.-Z. 1905 S. 752).

Die den Kindern des Privatklägers zugefügten Körperverletzungen waren hiernach nicht widerrechtlich; die Grenzen des Züchtigungsrechts sind auch nicht überschritten, insbesondere nicht gegenüber dem 4jährigen Kinde, da dies durch die Ohrfeigen, wie die tatsächlichen Feststellungen ergeben, in keiner Weise geschädigt ist.

Oberlandesgericht Dresden.

Mitgeteilt von Reichsgerichtsrat Dr. v. Feilitsch. Leipzig.

Umfang der Befugnisse der höheren Verwaltungsbehörde nach § 7 Abs. 2, § 9 Abs. 2, § 10 Ziff. 2, 3 UWettbG. Ausgebot von Restbeständen zu herabgesetzten Preisen nach dem Ende eines Inventurausverkaufs, § 7 Abs. 1, § 9 Abs. 2 UWettbG.

Urteil v. 11. September 1912. III 253/12.

Gründe: Die Revision rügt in erster Linie die Nichtanwendung der Verordnung der Kreishauptmannschaft zu D. vom 20. Dezember 1911 Punkt 1 Abs. 1 Nr. 9 in Verbindung mit § 10 [2] UWettbG. Den Gründen der Vorinstanzen, die diese Nichtanwendung mit der Rechtsungültigkeit

dieses Teils der Verordnung rechtfertigen, ist indes beizutreten. § 7 Abs. 2 UWettbG. ermächtigt die höheren Verwaltungsbehörden, die dort erwähnten Anordnungen für die Ankündigungen »bestimmter Arten« von Ausverkäufen zu erlassen. Das Gesetz versteht unter Arten von Ausverkäufen, wie § 9 erkennen läßt, Gattungen derselben nach Anlaß, Natur und Zweck (z. B. erbteilungshalber, wegen Konkurs usw.). Deshalb können nicht alle Ausverkäufe, also Ausverkäufe jeder Art, in bestimmten Geschäftszweigen den erschwerenden Bedingungen des § 7 Abs. 2 a. G. unterworfen werden, und die Kreishauptmannschaft hat die Grenzen ihrer Ermächtigung überschritten, indem sie alle Ausverkäufe des Manufakturwaren- und Bekleidungsfaches für Anzeigepflichtig erklärt hat.

Die Revision rügt weiter die Nichtanwendung von § 10 [3] UWettbG. verbunden mit Punkt 2 der erwähnten Verordnung, indes ohne Grund. Beide Vorinstanzen haben festgestellt, daß der Angeklagte nach Beendigung seines Inventurausverkaufes im März 1912 einzelne, hierbei nicht abgesetzte Schuhwaren in den Schaufenstern seiner Geschäftslokale unter der Bezeichnung von »Restbeständen« zu herabgesetzten Preisen ausgeboten hat. Wenn die Revision behauptet, daß der Angeklagte hierdurch einen zweiten Inventurausverkauf in bezug auf die bei dem beendeten Inventurausverkauf nicht abgesetzten Waren veranstaltet habe und veranstalten wollte, so kann es fraglich sein, ob sich dieser Angriff nicht gegen eine tatsächliche Feststellung richtet und deshalb nach § 376 StPO. unzulässig ist. Aber es ist auch nicht ersichtlich, daß die Feststellung der Vorinstanzen von einem Rechtsirrtum beeinflußt ist. Inventurausverkäufe (siehe § 9 Abs. 2 UWettbG.) haben ihren Anlaß in der Inventuraufnahme und bezwecken deren Erleichterung durch die beschleunigte Abstoßung inbesondere von Waren, die im gewöhnlichen Geschäftsbetriebe, weil alt, unpassend, unmodern und dergleichen geworden, nicht oder schwer absetzbar sind. Es ist ein forcierter Verkauf aller Lagerbestände im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, der zur Herbeiführung eines schnelleren Umsatzes zu gewissen Zeiten regelmäßig veranstaltet zu werden pflegt. Diese Inventurausverkäufe sind, wenn sie bei der Ankündigung als solche bezeichnet werden und im ordentlichen Geschäftsverkehr üblich sind, von den die Ausverkäufe beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen der §§ 7, 8 UWettbG. ausgenommen und können nur von der höheren Verwaltungsbehörde nach Zahl, Zeit und Dauer geregelt werden (§ 9 Abs. 2 a. G.). Nach Punkt 2 der obigen Verordnung dürfen sie im Bezirke der Kreishauptmannschaft D. nur einmal im Jahre veranstaltet werden. Bezweckt der Inventurausverkauf auch die Räumung der von der Aufnahme des Lagerbestandes ergriffenen Waren, so ist sein Ende doch nicht von der Abstoßung dieser Waren abhängig, sonst würden die Inventurausverkäufe der zulässigen zeitlichen Beschränkung nicht unterliegen können. Er endet vielmehr mit Ablauf der für ihn bestimmten Zeit. Werden von der Inventuraufnahme ergriffene Lagerbestände dabei nicht abgesetzt, so ist ihre Veräußerung unter der Bezeichnung des Ausverkaufs kein solcher aus Anlaß der Inventuraufnahme, sondern aus Anlaß ihrer Nichtabsetzung im Inventurausverkauf, eine Folge des Ergebnisses dieses Verkaufes. Die Vorinstanzen konnten deshalb mit Recht annehmen, daß der hier fragliche Ausverkauf nach Beendigung des Inventurausverkaufes veranstaltet worden ist und kein zweiter und deshalb nach der obigen Verordnung unzulässiger Inventurausverkauf war.

Endlich trifft auch der dritte Revisionsangriff nicht zu, daß die Vorinstanzen das Vorliegen einer Übertretung nach § 18 [1] UWettbG. in dem festgestellten Handeln des Angeklagten zu Unrecht verneint hätten. Der

Angeklagte hat durch das Angebot der fraglichen Waren als «Restbestände« zu herabgesetzten Preisen einen Ausverkauf, nämlich einen Verkauf wegen Räumung eines bestimmten Warenvorrates aus dem vorhandenen Lagerbestande (§ 9 Abs. 1 UWettbG.), unter genügender Angabe des Grundes, der ihm dazu Anlaß gab (§ 7 Abs. 1 a. G.), angekündigt.

Aus der Bezeichnung der Waren als »Restbestände« war es für das Publikum erkennbar, daß der Verkauf veranstaltet wurde, um Lagerbestände wegzuschaffen, die nur in einzelnen Stücken von bereits verkauften Waren gleicher Gattung noch vorhanden, daher älter, minderwertiger und mangels größerer Auswahl schwer, im regelmäßigen Geschäftsbetriebe überhaupt nicht verkäuflich waren. Die Absicht, einen bestimmten Warenvorrat, nämlich die unter Preisherabsetzung angebotenen einzelnen Schuhwaren, aus dem vorhandenen Lagerbestande zu räumen, wurde damit deutlich zum Ausdruck gebracht, ebenso der Grund, der zu diesem Angebot Anlaß gab. Dieser bestand aber in dem Vorhandensein von Restern größerer Warenposten der gekennzeichneten Art.

Wann wird durch den Ehebruch zugleich der durch ihn verletzte andere Ehegatte beleidigt? Verhältnis der Beleidigung zu § 172 StGB.? Verzeihung.

Urteil v. 4. Dezember 1912. III 334/12.

Gründe: Zum Begriffe des Ehebruchs, d. h. der Beischlafsvollziehung zwischen einer verheirateten Person und einer Person anderen Geschlechts, die nicht der Ehegatte der ersteren ist, gehört im strafrechtlichen Sinne nicht auch die Verletzung der persönlichen Ehre des durch den Ehebruch in seinem Recht auf eheliche Treue verletzten Ehegatten. Wennschon sie zumeist durch ihn mit herbeigeführt werden oder in ihm mit enthalten sein wird, so sind doch zahlreiche Fälle denkbar, in denen Ehebruch nach § 172 StGB. vorliegt, ohne daß der Tatbestand einer Beleidigung des anderen Ehegatten erfüllt zu sein braucht. So kann z. B. die Ehefrau eines Zuhälters, der ihren Ehebruch gebilligt, unterstützt und vielleicht sogar herbeigeführt hat, wenn dies nicht geltend gemacht und wegen des Ehebruchs die Ehe der beiden geschieden worden ist, auf den Antrag des Ehemanns wegen Ehebruchs verurteilt werden, ohne daß eine Verletzung der persönlichen Ehre des Ehemanns durch den Ehebruch angenommen zu werden braucht.

Hiernach ist der Tatbestand der Beleidigung in dem des Ehebruchs nicht schlechthin mit enthalten. Er wird deshalb durch den letzteren keineswegs aufgezehrt. Vielmehr können beide Tatbestände in einer und derselben Handlung selbständig nebeneinander im Sinne der Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.) verwirklicht werden. Dafür, ob dies im Einzelfalle anzunehmen ist, sind allein dessen Tatumstände und insbesondere die etwaigen Begleitumstände des Ehebruchs maßgebend.

Hier nun hat sich der Privatkläger nicht darauf beschränkt, die Ehe des Angeklagten zu brechen und dessen Recht auf ehelicher Treue der Ehefrau zu verletzen, vielmehr hat er darüber hinaus ihn zugleich durch Kundgabe der Mißachtung und Geringschätzung an der Ehre verletzt. Dies erhellt aus der festgestellten besonderen Dreistigkeit und Rücksichtslosigkeit, mit der er mindestens bis zum März 1911 und regelmäßig allwöchentlich die eheliche Wohnung des Angeklagten zu seinem scham- und ehrlosen Treiben benutzt, ferner sein dem Angeklagten erst außergerichtlich und dann vor Gericht gegebenes Wort und Versprechen, alle Beziehungen zu dessen

Frau aufzugeben, schnöde und gewissenlos gebrochen und das im Angeklagten erweckte Vertrauen gröblich getäuscht, im Anschluß hieran nach wie vor ihn hintergangen und durch alles das ihn bloßgestellt sowie lächerlich gemacht und herabgewürdigt hat.

Danach ist der Tatbestand einer einheitlich fortgesetzten Beleidigung nach § 185 StGB. rechtlich einwandfrei erfüllt.

Die Behauptung, daß der Angeklagte dem Privatkläger im Januar 1911 verziehen habe, entbehrt der Grundlage im angefochtenen Urteile, in dem vielmehr nur festgestellt ist, er habe seiner Ehefrau verziehen. Überdies würde auch eine dem Privatkläger gewährte Verzeihung seines vorhergegangenen Verhaltens — nur dies kann in Betracht kommen — seiner strafrechtlichen Verfolgung nicht im Wege stehen. Denn die Verzeihung ist an sich ein rein ethischer Vorgang und würde als solcher gegenüber der Tatsache, daß der Angeklagte wegen der vom Landgericht angenommenen Beleidigung nach § 194 StGB. gegen den Privatkläger Strafantrag gestellt, diesen auch nicht zurückgenommen hat, für die Anwendbarkeit von § 185 StGB. ohne rechtliche Bedeutung und Wirkung sein.

Wechselseitige Beleidigungen. Erfordernisse des § 199 StGB. Umfang der Wirkungen der Rechtskraft.

Urteil v. 4. Dezember 1912. III 330/12.

Gründe: Der gesetzgeberische Grund der Bestimmung in § 199 StGB. ist hauptsächlich darin zu suchen, daß die Gegenbeleidigung durch den Affekt über die vorausgegangene Beleidigung hervorgerufen worden und in ihm erfolgt sein kann, daß ferner einerseits der Erwiderer durch die Gegenbeleidigung sich bereits selbst Genugtuung verschafft haben und andererseits jeder der Beleidiger schon durch die ihm von dem anderen zugefügte Ehrverletzung hinreichend bestraft sein kann, und daß es alledem gegenüber angemessen erscheinen darf, beide Beleidiger oder bei nicht gleichwertigen Beleidigungen wenigstens den einen von ihnen mit Strafe zu verschonen.

Dementsprechend und nach der dem § 199 im StGB. angewiesenen Stellung ist zu seiner Anwendung erforderlich, daß Beleidigung und Gegenbeleidigung nach dem 14. Abschnitte vom 2. Teile des StGB. zu beurteilen und, wenn auch nicht strafbar und nicht verfolgbar, so doch deliktischer Natur, d. h. objektiv und subjektiv widerrechtlich sind, daß sie ferner zwischen denselben Personen erfolgt sind, und daß die erste Beleidigung durch die Gegenbeleidigung, bei einer größeren Zahl von Beleidigungen, die frühere durch die spätere im Affekte über die vorangegangene und aus ihm heraus alsbald erwidert worden ist (zu vgl. Schoetensack in Bd. II des Allgem. Teils der Vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts unter Retorsion S. 402 ff., 410 ff., 418—425; Bindings Lehrb. des Strafr. Bd. I des Bes. Teils, S. 162 ff. mit 52 ff.; Steinitz, Die Kompensation, S. 37, 44 ff., 48, 52, 57 ff.).

Nach den getroffenen Feststellungen sind die Voraussetzungen für die Anwendung von § 199 StGB. zugunsten des Angeklagten an sich erfüllt; die Ehefrau des Privatklägers, von dem kraft eigenen Rechts und § 414 Abs. 2 StPO. und § 195 StGB. Privatklage erhoben ist, hat die Beleidigung auf der Stelle erwidert. Es ist indes weiter zu erörtern, ob dieser Anwendung etwa der Umstand entgegensteht, daß die Ehefrau des Privatklägers bezüglich ihrer Äußerungen zur Zeit der landgerichtlichen Urteils-

fällung rechtskräftig freigesprochen war und dies, da eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegen sie nicht in Frage steht, auch jeßt noch ist.

Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

Die Wirkung der Rechtskraft von Strafurteilen ist mannigfaltig. Sie kommt aber nur der — in der Urteilsformel enthaltenen — Entscheidung selbst, nicht auch den Urteilsgründen zu, wennschon diese gegebenenfalls das einzige Mittel sein können, den Umfang des von der Entscheidung und ihrer Rechtskraft umfaßten historischen Vorkommnisses (der »Tat«) zu bestimmen.

Durch die rechtskräftige Urteilsentscheidung wird wegen dieses Vorkommnisses die Strafklage gegen den von ihr betroffenen Angeklagten endgültig verbraucht und deshalb insoweit seine weitere oder erneute Strafverfolgung schlechthin ausgeschlossen (ne bis in idem).

Diese Wirkung wohnt der Rechtskraft jedoch lediglich in diesem Umfange und ausschließlich den insoweit zur öffentlichen Klage oder zur Privatklage Berechtigten gegenüber bei (res judicata jus facit inter partes).

Hiervon abgesehen, besteht in einem weiteren Strafverfahren für die Gerichte volle Freiheit, ungeachtet einer rechtskräftig gewordenen früheren Urteilsentscheidung, Feststellungen zu treffen und zu verwerten, die dieser Entscheidung zuwiderlaufen und mit ihr unvereinbar erscheinen.

So kann, obwohl der Haupttäter rechtskräftig verurteilt ist, im Verfahren gegen seine Teilnehmer seine Täterschaft verneint oder sie kann gegenüber seiner bereits rechtskräftigen Freisprechung nunmehr bejaht werden, und seine rechtskräftige Freisprechung hindert die spätere Verurteilung seiner Teilnehmer (Anstifter, Gehilfen) ebensowenig wie seine rechtskräftige Verurteilung ihre spätere Freisprechung. Dementsprechend steht auch die Rechtskraft des in einem Strafverfahren wegen Beleidigung oder leichter Körperverleßung ergangenen Urteils dem nicht entgegen, daß in einem weiteren Strafverfahren, das gegen eine andere Person, aber wegen einer zu jenem Verfahren im Erwiderungszusammenhange stehenden Straftat durchgeführt wird, Feststellungen getroffen werden, die im Gegensaße zu den in jenem Urteile enthaltenen stehen und mit ihnen unvereinbar sind, und daß auf Grund dieser neuerlichen Feststellungen nunmehr völlig unabhängig von der Entscheidung des früheren Urteils über die Anwendung von § 199 oder § 223 StGB. entschieden wird (zu vgl. Steiniß a. O. S. 51, 64; Lehrb. des Strafprozeßrechts von Kries, S. 598 ff. und v. Bennecke-Beling, § 98, insbes. S. 408 ff., 414 ff., 417 ff., 637; Schoetensack a. O. S. 421 und Entsch. d. OLG. München in Strafs. Bd. 4 [548], 99 [214] gegenüber Bd. 8 [129]).

Daraus folgt, daß die rechtskräftige Freisprechung der Ehefrau des Privatklägers zwar einer weiteren oder erneuten Strafklage gegen sie wegen der von der Freisprechung umfaßten Handlungsweise, nicht aber der Berücksichtigung dieser Handlungsweise bezüglich anderer Personen als der insoweit zur Strafklage berechtigten und anderer tatsächlicher wie rechtlicher Verhältnisse als der verschiedenen Strafklagarten entgegensteht. Insbesondere hindert diese Freisprechung und ihre Rechtskraft also nicht, daß in dem nach der rechtskräftigen Beendigung des Privatklageverfahrens des Angeklagten wider die Ehefrau des Privatklägnrs allein anhängig gebliebenen und nunmehr für sich allein weiter durchzuführenden, jeßigen Privatklageverfahren und somit in einem Verfahren, das gegen die Ehefrau des Privatklägers gar nicht gerichtet war, nunmehr im Gegensaße zu ihrer Freisprechung ihre Täterschaft und Schuld im Sinne von § 185 und § 199 StGB. festgestellt und die hieraus sich ergebende Sachlage ohne Rücksicht

auf jene Freisprechung der rechtlichen Beurteilung und insbesondere auch hinsichtlich der Anwendung von § 199 StGB. auf den jetzigen Angeklagten zugrunde gelegt wurde, ohne daß dies eine weitere oder erneute Strafverfolgung der ersteren enthielt oder herbeiführte.

Konnte aber somit die Vorinstanz § 199 StGB. zugunsten des Angeklagten, trotz der rechtskräftigen Freisprechung, überhaupt anwenden, so stand dem auch der Umstand nicht entgegen, daß nicht die Ehefrau des Privatklägers selbst, sondern dieser und kraft eigenen Rechts wegen der vom Angeklagten angetanen Beleidigung Strafantrag gestellt und Privatklage erhoben hat. Das Gesetz selbst erfordert in dieser Beziehung nur soviel, daß die in Betracht kommenden Beleidigungen zwischen denselben Personen als Beleidigungsparteien erfolgt sind. Daß die letzteren sich auch als Prozeßparteien gegenüberstehen müssen, ist weder dem Gesetze selbst nach dem ihm zugrunde liegenden, oben hervorgehobenen Gedanken und Zwecke zu entnehmen. Für ihn ist es belanglos, wer die Strafverfolgung gegen den Beleidiger, um dessen Straffreierklärung es sich handelt, herbeigeführt hat und betreibt, sofern sie gegen ihn nur überhaupt vorliegt und zur Aburteilung reif ist (zu vgl. Entsch. des OLG. München, Bd. 2, S. 210).

Ob die Vorinstanz den Angeklagten für straffrei erklären wollte, oder nicht, lag in ihrem Ermessen. Dessen Ergebnis aber — die Anwendung des § 199 StGB. — ist, da es keine Gesetzesverletzung enthielt, nach § 376 StPO. dem Revisionsangriff unzugänglich.

Auch in der Kostenentscheidung der Vorinstanz ist eine Gesetzesverletzung nicht zu finden. Der Angeklagte war, weil nicht zu Strafe verurteilt, nach §§ 497 und 503 StGB. überhaupt nicht mit Kosten des Verfahrens und Auslagen zu belasten. Nach § 500 in Verbindung mit § 503 StPO., der anerkanntermaßen auch auf alle Fälle von § 500 StPO. anwendbar ist, stand es im Ermessen des Landgerichts, ob es für die erste Instanz die Kosten des Verfahrens und die Auslagen der Parteien zwischen ihnen so verteilen, wie es dies getan hat (Löwes Komm. zu StPO., § 500 N. 1, § 503 N. 5). Das Ergebnis dieses Ermessens aber ist mit der Revision nicht angreifbar.

Öffentliches Preis-Radwettfahren; Ausspielung nach § 286 StGB.[2].

Urteil v. 15. Januar 1913. III 366/12.

Gründe: Auf Grund eines vom Vorstande des Vereins für Radwettfahren zu D. gefaßten Beschlusses ist mit einem der öffentlichen Radwettfahren des Vereins ein Preisausschreiben verbunden worden, an dem teilzunehmen jedem freistand, und dessen Preise in Fahrrädern, anderen beweglichen Sachen und Eintrittsdauerkarten für diejenigen Personen bestanden, die im voraus den Sieger eines bestimmten Rennens und zugleich am genauesten die für ihn erforderliche Rennzeit bestimmen würden.

Dieses Preisausschreiben hat der Angeklagte als Vorsitzender des Vereins ins Werk gesetzt und zur Ausführung gebracht, ohne hierzu behördliche Genehmigung eingeholt zu haben. Er ist deshalb aus § 286 StGB. verurteilt worden; seine Revision konnte keinen Erfolg haben.

Eine öffentliche Ausspielung veranstaltet, wer dem Publikum die Beteiligung an einem nicht schon bestehenden Unternehmen eröffnet, das gegen Einsatz die Hoffnung und das Anrecht auf Gewinn gewährt, der in anderen Sachen als in Geld besteht und von einem ungewissen und ausschließlich oder wesentlich vom Zufalle zu entscheidenden Ereignisse abhängt.

Dieses Ereignis lag vorliegendenfalles in der Benennung des vermutlichen Rennsiegers und in der Angabe der Rennzeit. Daß die Richtigkeit des Namens und die Genauigkeit der Zeitangabe, wenn auch mit beeinflußt von Sachkunde, Erfahrung und Beobachtungsgabe der Preisbewerber, so doch überwiegend und wesentlich vom Zufall abhängig war, ist für das Revisionsgericht bindend festgestellt.

Die Entrichtung der Einsätze als Gegenleistung für das Anrecht auf Gewinn erblickt das LG. in der Zahlung der Eintrittsgelder sowie im Lösen von Rennprogrammen, die das Preisausschreiben und je eine Vordruckkarte zur Beteiligung enthielten. Das entspricht der herrschenden Meinung. Das Wesen der Ausspielung erfordert in dieser Richtung nur, daß für das Anrecht auf Gewinn überhaupt ein Einsatz geleistet wird, und dieser verliert seine Eigenschaft als solcher nicht schon dadurch, daß er mit der Gegenleistung für ein anderes Anrecht (vorliegendenfalles für das auf den Besuch des Radwettfahrens und auf die Erlangung eines Rennprogramms) dergestalt in Verbindung gebracht wird, daß beide Leistungen in ihren Individualitäten nicht besonders hervortreten und nicht ziffernmäßig voneinander zu unterscheiden sind. Auch wird die Annahme einer Ausspielung dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligung an dem Preisausschreiben an sich jedem und auch solchen Personen freistand, die weder das Rennen besuchten, noch Eintrittsgeld bezahlt oder ein Rennprogramm gelöst hatten, und daß auch in der Tat solche Personen ohne Gegenleistung an dem Preisbewerbe sich beteiligt haben und sogar bei der Preisverteilung berücksichtigt worden sind. Denn die Zulassung und Beteiligung ohne Gegenleistung steht, wie allgemein anerkannt, der Annahme einer Ausspielung dann nicht entgegen, wenn neben ihr und überwiegend Personen gegen Entrichtung eines Einsatzes sich beteiligen sollten und beteiligt haben. Dem aber entspricht die Feststellung, daß im Verhältnisse zur Gesamtheit der Preisbewerber die Zahl der ohne Gegenleistung Beteiligten nur geringfügig gewesen sei, und daß der Angeklagte von vornherein beabsichtigt habe, möglichst nur solche Personen zum Preisbewerbe heranzuziehen, die durch Lösung von Eintrittskarten und Rennprogrammen dem Verein einen Einsatz gewährten, andere dagegen nach Möglichkeit auszuschließen.

Angesichts dieser Absicht läßt die weitere Tatsache, daß bei der Preisverteilung auch diejenigen Lösungen berücksichtigt worden sind, die den im Preisausschreiben vorgeschriebenen Formvorschriften nicht entsprachen, die Annahme des Veranstaltens einer Ausspielung im Sinne von § 286 StGB. um deswillen unberührt, weil hierfür der Zeitpunkt und Inhalt des Preisausschreibens, nicht aber der der Preisverteilung maßgebend ist.

Ebenso belanglos für die Beurteilung des Preisausschreibens als einer Ausspielung ist endlich, ob es zum Anlocken von Rennbesuchern und Programmkäufern oder nur zur Hebung des Interesses am Radrennsport und zum Beleben des Rennens veranstaltet worden ist, ob ferner diejenigen, die keinen Preis erhielten, hierdurch einen Verlust erlitten haben, und ob derartige Preisausschreiben auch früher schon gebräuchlich gewesen und trotz des Mangels obrigkeitlicher Erlaubnis unbeanstandet geblieben sind. Ein hierauf beruhender Irrtum über die Strafbarkeit ihrer Veranstaltung ohne diese Erlaubnis würde den Angeklagten als Irrtum über die strafrechtliche Norm des § 286 StGB. nicht schützen können.

RVG. §§ 7, 9 Abs. 2, 19 Ziff. 1. Veranstaltung eines ungewöhnlichen Leichenbegängnisses mittelst unbefugter Grabrede. Fahrlässigkeit.

Urteil v. 29. Januar 1913. III 6/13.

Gründe: Am 16. Mai 1912 fand auf dem Friedhofe zu P. eine Beerdigung statt, an der sich die Geistlichkeit nicht beteiligte. Die etwa 150 Teilnehmer waren in geordnetem Zuge von der Wohnung des Verstorbenen nach der Leichenhalle und von hier mit dem die Leiche enthaltenden Sarge nach der offenen Grabstelle gezogen. Hier trat, als der Sarg soeben ins Grab versenkt war und der Totenbettmeister die Streublumen darbieten wollte, der Angeklagte aus dem Trauerzuge heraus und hielt am offenen Grabe eine etwa 5—10 Minuten dauernde Ansprache an die Trauerversammlung, worin er über den Verlust des Verstorbenen tröstete, dessen Verdienste rühmte und mit dem Gelöbnisse schloß, daß sie alle stets im Sinne des Verstorbenen weiterarbeiten und kämpfen wollten. Eine Genehmigung hatte weder die Polizei für das Leichenbegängnis noch die Ortsgeistlichkeit für eine Grabrede erteilt.

Er ist vom Berufungsgerichte wegen des Haltens der Ansprache auf Grund von § 19 Abs. 1 mit §§ 7 und 9 Abs. 2 des Reichsvereinsgesetzes zu Strafe verurteilt worden. Seine Revision hiergegen konnte keinen Erfolg haben.

Im Königreiche Sachsen bedürfen andere als gewöhnliche Leichenbegängnisse — da von der gesetzlichen Befugnis, nur ihre Anzeige oder öffentliche Bekanntmachung zu erfordern, kein Gebrauch gemacht worden ist — der Genehmigung durch die zuständige Sicherheitspolizeibehörde (§§ 7, 9, 12 RVG. mit §§ 1—3 der Sächs. Ausf.-Verordnung v. 12. Mai 1908).

Leichenbegängnis im Sinne des Vereinsgesetzes ist nicht bloß der in Bewegung befindliche Leichenzug, sondern die Trauerfeierlichkeit der Bestattung in ihrer gesamten Ausdehnung bis zum Schlusse der Beerdigung und damit auch die Trauerversammlung und die Trauerfeier am Grabe. Ungewöhnlich ist es dann, wenn es in irgendeinem Teil und irgendeiner Hinsicht in der äußeren Form erkennbar von dem abweicht, was nach den Gebräuchen des Ortes und der Gegend, wo es stattfindet, hergebracht und üblich ist.

Die Veranstaltung ungewöhnlicher Leichenbegängnisse ohne die vorgeschriebene Genehmigung ist durch § 19 Ziff. 1 RVG. mit Strafe bedroht. Veranstalter eines Leichenbegängnisses ist jeder, der es durch seine Tätigkeit ins Werk setzt und zur Ausführung bringt. Wer ein bis dahin gewöhnliches Leichenbegängnis in dessen Verlaufe durch seine Tätigkeit zu einem nunmehr ungewöhnlichen umgestaltet, ist als Veranstalter dieses Leichenbegängnisses in seiner neuen Form anzusehen (DJZ. Bd. 14, S. 328, 552), sofern er dabei diese Eigenschaft des Leichenbegängnisses und den Mangel der Genehmigung kennt oder sich ihn als möglich vorstellt und dort wie hier in seinen Willen aufnimmt, oder sofern er das zufolge schuldhafter Außerachtlassung der ihm möglichen und obliegenden Sorgfalt und Umsicht unterläßt. Daß auch schon die Fahrlässigkeit zur Strafbarkeit ausreicht, ist nicht zu bezweifeln, obwohl das Strafmaß dieses Gesetzes die darin bedrohten Handlungen als Vergehen kennzeichnet und die Fahrlässigkeit nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Der Grundsatz, daß unter die Strafdrohungen der Vergehen beim Mangel besonderer Bedrohung der Fahrlässigkeit nur die Vorsätzlichkeit der Täterschaft falle, hat in der jetzt geltenden Gesetzgebung keinen Ausdruck gefunden und ist auch nicht schlechthin anzuerkennen. Vielmehr muß überall da, wo es bei Vergehen an ausdrücklicher Bedrohung der Fahrlässigkeit fehlt, auf dem Wege der

Auslegung des betreffenden Gesetzes ermittelt werden, ob nach der Art der Straftat und nach dem Zweck ihrer Bedrohung der Gesetzgeber auch schon die Fahrlässigkeit der Gesetzesverletzung hat mit Strafe belegen wollen. Hierfür ist besonders maßgebend, ob der dem Gesetze zugrunde liegende Zweck schon bei Beschränkung der Strafe auf die Vorsätzlichkeit oder aber nur bei ihrer Ausdehnung auf die Fahrlässigkeit der Täterschaft voll erreichbar erscheint. Das ist, zumal für Sondergesetze und ganz besonders für solche polizeilicher Natur allgemein anerkannt (Entsch. Reichsger. Strafs. Bd. 22 S. 43, Bd. 30 S. 356; Ann. OLG. Dresden Bd. 14 S. 107). Seine Anwendung auf § 19 RVG. läßt aber bei dessen ausgesprochen polizeilicher Natur sowie dem unverkennbaren Bedürfnisse, die von ihm bedrohten Handlungen und die von ihnen zu befürchtenden Folgen im Interesse der öffentlichen Ordnung soviel als möglich zu verhindern, mit Sicherheit erkennen, daß der Gesetzgeber auch schon das fahrlässige Verschulden dieser Handlungen hat mit Strafe bedrohen wollen.

Alles das ist auch für das durch Laien erfolgende Halten von Grabreden, d. h. von Ansprachen maßgebend, die bei Leichenbegängnissen als Nachruf an den Verstorbenen bestimmten Gefühlen Ausdruck geben und als Teil der gesamten Trauerfeier vor der Trauerversammlung am offenen Grabe von anderen Personen als ordinierten Geistlichen einer Religionsgemeinschaft gehalten werden. Auch hier ist entscheidend, was an dem betreffenden Orte hergebracht und üblich ist. Durch jede solche Ansprache, die im Gegensatze zum Hergebrachten und Ortsüblichen steht oder dessen Grenzen überschreitet, wird das Leichenbegängnis zu einem ungewöhnlichen im Sinne des Vereinsgesetzes und damit nach dessen § 7 der Genehmigung bedürftig. Wer sie im Rahmen eines im übrigen gewöhnlichen Leichenbegängnisses hält und es dadurch zu einem ungewöhnlichen und somit genehmigungsbedürftigen umgestaltet, veranstaltet das Leichenbegängnis in seiner neuen Form als ein ungewöhnliches und macht sich danach, sofern er es vorsätzlich oder fahrlässig tut, nach § 19 Ziff. 1 RVG. strafbar.

Das entspricht — zum Teil im Anschluß an die das vormalige preußische Vereinsrecht betreffende Rechtslehre und Rechtsprechung (zu vgl. Jahrb. d. Entsch. d. Kammerger. Bd. 37 C S. 48) — der herrschenden Meinung, die auch vom OLG. Dresden vertreten wird und in den meisten der hier erörterten Beziehungen breits in dessen Urteile vom 28. Juni 1911 (Ann. Bd. 33 S. 289) dargelegt worden ist, das gegen denselben Angeklagten und wegen eines ganz ähnlichen Falles wie des vorliegenden ergangen ist.

Danach aber ist die Verurteilung des Angeklegten aus § 19 Ziff. 1 RVG. rechtlich nicht zu beanstanden.

Es handelte sich im vorliegenden Falle um ein von vornherein als gewöhnlich anzusehendes Leichenbegängnis im Sinne des RVG. Die Trauerversammlung am Grabe mit der Ansprache des Angeklagten bildete einen Teil dieses Leichenbegängnisses. Der Angeklagte hat die Ansprache als Laie und selbstverständlich mit dem Bewußtsein hieran gehalten. Sie lag außerhalb des Rahmens des für P. Hergebrachten und Üblichen. In dieser Beziehung kann dahingestellt bleiben, ob die Sächs. Min.-Verordnung, das Verhalten der Leichenbegleitungen bei Beerdigungen auf evangelisch-lutherischen Gottesäckern betreffend, vom 15. November 1907 neben dem Reichsvereinsgesetze noch in Kraft ist. Auf jeden Fall geht aus ihr deutlich hervor, daß im Königreiche Sachsen das Reden am Grabe ohne vorherige Zustimmung der Ortsgeistlichen im allgemeinen nicht als üblich gelten kann. Daß es in der Gegend von P. hergebracht und üblich ge-

wesen sei, wird durch die Feststellungen ausgeschlossen. Denn danach werden dort nur ausnahmsweise, nur neben der Ansprache des Geistlichen und nur mit dessen Genehmigung Worte am Grabe von Laien und nur als Nachruf einiger Dankesworte gesprochen. Durch seine Ansprache hat deshalb der Angeklagte das Leichenbegängnis aus einem bis dahin gewöhnlichen zu einem ungewöhnlichen und somit der Genehmigung bedürftigen umgestaltet und damit insoweit veranstaltet. Das hat er aber ohne die durch § 7 vorgeschriebene Genehmigung getan. Die Fahrlässigkeit dieser Veranstaltung konnte ohne Rechtsirrtum darin erblickt werden, daß er, zumal aus seiner früheren Verurteilung wegen eines fast gleichen Falles und aus dem Einschreiten erst des Totenbettmeisters und dann des die Beerdigung überwachenden Gendarms gegen seine Ansprache, den Mangel von deren Genehmigung erkannt hatte, demgegenüber ihr Halten und den darin bestehenden Teil des Leichenbegängnisses bei gehöriger Aufmerksamkeit und Überlegung als dem für P. Hergebrachten und Üblichen widersprechend und ungewöhnlich sowie als von ihm veranstaltet hätte erkennen können und müssen, auch hinreichend Gelegenheit gehabt hätte, sich um die Genehmigung der Ansprache und des Leichenbegängnisses zu kümmern, gleichwohl aber, ohne dies zu tun, die Ansprache unbekümmert, ob eine solche Genehmigung erteilt war oder nicht, übernommen und gehalten hat. Die Verteidigung bes Angeklagten damit, daß er die Ansprache für erlaubt und das Leichenbegängnis trotz ihres Haltens für ein gewöhnliches und deshalb keiner Genehmigung bedürftiges gehalten habe, vermag ihr schon um deswillen nicht zu schützen, weil — wie oben ausgeführt — § 19 Ziff. 1 RVG. auch die Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht und das angefochtene Urteil deutlich erkennen läßt, daß das Landgericht auch die behauptete Unkenntnis der Ungewöhnlichkeit und Genehmigungsbedürftigkeit des Leichenbegängnisses als vom Angeklagten durch Fahrlässigkeit verschuldet angesehen hat (§ 59 Abs. 2 StGB.).

Sächs. GewStG. §§ $1^{1,3}$, 2^{3a}, 16; GewO. §§ 55 Abs. $1^{1,3,4}$, 56^{c}, 59 Abs. 1—4, 148 Abs. 1^{7}; StGB. § 286. Umfaßt der Begriff der Schaustellung in § 1 Ziff. 4 Sächs. G. vom 1. Juli 1878, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr., auch die Lustbarkeiten des § 55 Ziff. 4 GewO.? Wann ist die öffentliche Ausspielung von Waren eine Schaustellung oder Lustbarkeit? Irrtum über die Zuständigkeit der sie genehmigenden Polizeibehörde.

Urteil v. 5. März 1913. III 35/13.

Gründe: Der Angeklagte wohnt in D. und ist im Hauptberuf Maschinist, sucht aber, um sich einen Nebenverdienst zu verschaffen, in den Sommermonaten häufig Jahrmärkte, Schützenfeste und andere öffentliche Festlichkeiten auf und stellt hier eine ihm gehörige Rundlaufkegelbahn zur allgemeinen Benutzung auf. Diese besteht aus einer an beiden Enden offenen Rinne, in die von dem Spieler eine Kugel geworfen wird. Rechts und links von der Rinne werden je vier Kegel derart aufgestellt, daß die in der Rinne rollende Kugel mit dem oberen Teil die Kegel berührt und umwirft. Ebenso wirft die Kugel den neunten; am Ende der Rinne in der Verlängerung ihrer Mittellinie stehenden Kegel um. Jeder Kegel ist sechseckig und trägt auf jeder Kante eine der Nummern 1—6. Je nach der Zahl, die die oberen Kanten der Kegel insgesamt aufweisen, hat der Spieler gewonnen oder nicht. Die Benutzung der Kegelbahn steht jedem frei, der 10 Pf. erlegt. Neben dem Spiel befindet sich ein Plan, aus dem die Gewinn-

und die Nietennummern zu ersehen sind; auch ist bei der Gewinnummer auf den Gewinn, der dieselbe Nummer trägt, verwiesen. Die Gewinne, Geldtaschen, Albums, Hosenträger u. dergl., sind daneben aufgestellt. Diese Gegenstände, die im Wert zwischen 20 Pf. und 3 Mk. schwankten, bezog der Angeklagte im ganzen und erhielt sie dadurch wesentlich unter ihrem Verkaufswert. Der von ihm selbst entworfene Spielplan hatte den Zweck, ihm die Aufbringung der Kosten und darüber hinaus die Erzielung eines kleinen Gewinns zu sichern. So ist der Angeklagte auch verfahren, als er am 14. Juli 1912 in P. gelegentlich einer dort von einem Wohltätigkeitsverein veranstalteten Festlichkeit seine Rundlaufkegelbahn aufstellte. Er hatte hierzu die polizeiliche Erlaubnis erwirkt, dagegen weder einen Gewerbe- noch einen Wandergewerbeschein gelöst.

Das Schöffengericht hat hierin eine Zuwiderhandlung gegen §§ 1 Ziff. 3, 16 des Sächs. G., die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878 erblickt, indem es das Aufstellen der Kegelbahn als die Feilbietung einer gewerblichen Leistung auffaßt. Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen. Nach seiner Ansicht liegt weder eine »gewerbliche Leistung« noch eine »Schaustellung ohne höheres Kunstinteresse« noch endlich ein »Feilbieten von Waren« vor, so daß keiner der in § 1 des a. G. vorgesehenen Tatbestände als gegeben erachtet worden ist.

Diese Rechtsauffassung wird von der Bezirkssteuereinnahme zu D., die sich dem Strafverfahren als Nebenklägerin angeschlossen hat, mit der Revision als irrtümlich bekämpft.

Zunächst macht sie geltend, daß nach der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen der Begriff der »Schaustellung« in § 1 Ziff. 4 des GewStG. auch die in § 55 Ziff. 4 der GewO. zufolge der Nov. vom 1. Juli 1883 mit aufgeführten »Lustbarkeiten« umfasse, und daß die Darbietung des Angeklagten jedenfalls als eine solche Lustbarkeit dem GewStG. unterstellt werden müsse. Dem kann nicht beigepflichtet werden.

Richtig ist zwar, daß sich das Sächs. GewStG. vielfach an die Vorschriften in Titel III der GewO. über den Gewerbebetrieb im Umherziehen so, wie sie in der ursprünglichen Fassung vom 21. Juni 1869 enthalten waren, angeschlossen hat, und daß insbesondere die Vorschrift in § 1 Ziff. 4 des GewStG. wörtlich mit der in § 55 Ziff. 4 der GewO. ä. F. übereinstimmt. Dagegen ist es schon in hohem Grade zweifelhaft, ob, wie die Revision annimmt, die durch die Nov. vom 1. Juli 1883 abgeänderte Fassung der Ziff. 4 des § 55 GewO. mit der Zerlegung der Ziff. 4 in »gewerbliche Leistungen«, die unter Ziff. 3 eingereiht wurden, und dem allgemeinen Zusatz »oder sonstige Lustbarkeiten« zu den übrigen unter Ziff. 4 aufgeführten Darbietungen wirklich nur redaktioneller und nicht sachlicher Natur gewesen sei. Aus der dem damaligen Regierungsentwurf beigegebenen Begründung läßt sich dies nicht ohne weiteres entnehmen, und die im Reichstag bei der zweiten Beratung von dem Berichterstatter dem § 55 Ziff. 4 beigefügte Erklärung: »Hier gibt der Entwurf eine andere Definition, als in § 55 GewO. gegeben ist. Die Motive begründen dies mit dem Bestreben, eine nähere Spezialisierung zu geben; eine materielle Änderung ist nicht beabsichtigt« (vgl. Stenographische Berichte der 2. Session 1882/82 S. 1758), erkennt doch immerhin an, daß eine »andere Definition« aufgestellt worden ist. Auch würde die Absicht des Gesetzgebers allein nicht maßgebend sein, wenn der klare Wortlaut des Gesetzes eine sachliche Änderung in sich schließt. Eine Vergleichung des neuen Gesetzestextes mit

dem alten zeigt aber so viel mit Sicherheit, daß früher in der streitigen Gesetzesstelle außer den gewerblichen Leistungen nur »künstlerische Leistungen oder Schaustellungen, bei welchen ein höheres wissenschaftliches oder Kunstinteresse nicht obwaltet«, aufgeführt waren, während die Novelle noch theatralische Vorstellungen hinzunimmt und daran den Zusatz »oder sonstige Lustbarkeiten« anfügt. Nach den Regeln der Grammatik und Logik würde hiernach doch wohl anzunehmen sein, daß die Novelle insofern eine sachliche Änderung gebracht hat, als nicht mehr bloß künstlerische Leistungen oder Schaustellungen ohne höheres wissenschaftliches oder Kunstinteresse, sondern schlechthin alle Lustbarkeiten getroffen sein sollen, falls kein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft dabei obwaltet. Indessen, wie dem auch sein mag, selbst wenn der Reichsgesetzgeber durch die Nov. zur GewO. in der hier fraglichen Richtung eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt und auch tatsächlich nicht vorgenommen hätte, so würde doch daraus noch nicht mit zwingender Notwendigkeit der Schluß gezogen werden müssen, daß auch der Sächsische Gesetzgeber bei Aufstellung der Vorschrift in § 1 Ziff. 4 GewStG. trotz der eingeschränkten Fassung — nämlich Weglassung der Worte «oder sonstige Lustbarkeiten« — jede Veranstaltung, die als »Lustbarkeit« ohne höheres künstlerisches oder wissenschaftliches Interesse anzusprechen ist, im Auge gehabt hat. Auch darin kann der Revision nicht recht gegeben werden, daß die den Gegenstand der Anklage bildende Veranstaltung des Angeklagten unter den Begriff »Lustbarkeit« fällt, vielmehr liegt nach Ansicht des Senats ein Feilbieten von Waren in der Form einer Ausspielung vor (§ 1 Ziff. 1 GewStG.).

Für die GewO. ist es anerkannten Rechtens, daß das Feilbieten von Waren im Sinne von § 55 Ziff. 1 auch in der Form einer Ausspielung stattfinden kann. U. a. wird dies daraus gefolgert, daß der § 56 c. a. O. ausdrücklich von einem Feilbieten von Waren im Wege der Ausspielung spricht. Mit dem Reichsgericht (RGSt. Bd. 14 S. 91; 27 S. 32) ist davon auszugehen, daß die öffentliche Ausspielung von Waren allerdings unter Umständen den Charakter einer »Schaustellung« oder »Lustbarkeit« im Sinne von § 55 Ziff. 4 GewO. annehmen kann, z. B. dann, wenn irgendwelche äußere Veranstaltungen hinzutreten, die darauf berechnet sind, die Schau- oder Spiellust des Publikums anzureizen, die Ausspielung zum örtlichen Mittelpunkt einer am Schauen oder Spielen gemeinsam sich ergötzenden Menge zu machen. Dieser Grundsatz ist entsprechend auf das Sächs. GewStG. anzuwenden, also mit der Einschränkung, daß die betreffende äußere Veranstaltung, die zu der Ausspielung als solcher hinzutritt, zur Erregung der Schaulust (im Gegensatz zur Spiellust) des Publikums bestimmt sein muß. So hat sich denn auch das Oberlandesgericht bereits im Urteil vom 24. Januar 1912 (Ann. Bd. 34 S. 28 ff.) in einem Fall, wo der Angeklagte ein Handelsmann war und mittelst eines jedermann zugänglichen Ringwurfspiels Waren seines Handelsgewerbes auf Jahrmärkten abzusetzen suchte, dahin ausgesprochen, daß auch für den Geltungsbereich des Sächs. GewStG. ein derartiger Warenabsatz in der Form der Ausspielung nur beim Vorliegen besonderer äußerer Veranstaltungen als Schaustellung in Betracht kommen könne, anderenfalls aber nur als Feilbieten von Waren im Sinne von § 1 Ziff. 1 des Gesetzes aufzufassen sei. Daran ist festzuhalten. Hier nun hat der Angeklagte ebenfalls Waren mittelst Ausspielung abgesetzt. Daß er hierbei darauf ausgegangen wäre, die Schaulust des Publikums, sei es durch das Kegelspiel selbst, sei es durch die als Gewinne ausgesetzten Gegenstände, zu befriedigen, lehnt der Vorder-

richter ausdrücklich ab. Wenn das Berufungsgericht trotzdem zu dem Ergebnis gelangt ist, daß der Angeklagte bei der in Frage kommenden Gelegenheit auch keine Waren feilgeboten habe, so beruht dies offenbar auf einer zu engen Auslegung des Tatbestandsmerkmals des »Feilbietens«. Das Landgericht gründet seine Auffassung darauf, daß dem Angeklagten der Wille gefehlt habe, seine Waren durch die Ausspielung abzusetzen und glaubt dies vornehmlich daraus schließen zu sollen, daß er kein Händler gewesen sei, sondern sein Brot in der Hauptsache als »Maschinist« verdient habe. Auch sei sein Wille nicht darauf gerichtet gewesen, »möglichst viel« Waren abzusetzen — eher habe er das Gegenteil gewünscht —, vielmehr habe er mit den Verlusten der Spieler gerechnet; nur durch diese Verluste, nicht aber durch einen flotten Absatz der lediglich für die Zwecke der Ausspielung angekauften Waren, habe er gehofft, einen Gewinn zu erzielen. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch der gewöhnliche Händler, der seine Waren durch eine Ausspielung an den Mann bringt, in erster Linie mit den Verlusten des spielenden Publikums rechnet und, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, bestrebt ist, möglichst wenig Waren abzusetzen. Denn jedem Verlust des Spielers steht ein entsprechender Gewinn des Ausspielenden gegenüber. Im übrigen kommt für den Begriff des Feilbietens darauf, in welchem Umfang Waren abgesetzt werden, nichts an. Daraus folgt von selbst, daß es gleichgültig ist, ob der Warenabsatz im Haupt- oder im Nebenberuf erfolgt, wenn nur die Absicht obwaltet, aus dem Warenabsatz eine Einnahmequelle zu machen, d. h. also, ihn gewerbsmäßig zu betreiben. Diese Voraussetzung lag aber beim Angeklagten vor. Er suchte sich neben dem Gewinn, den ihm seine Haupttätigkeit als Maschinist einbrachte, durch die Ausspielung von Waren bei öffentlichen Festlichkeiten eine Nebeneinnahme zu verschaffen. Zu diesem Zweck kaufte er Waren im ganzen ein und erreichte dadurch zugleich, daß er sie besonders billig erhielt. Zu diesem Zweck wählte er auch als Form des Absatzes der Waren gerade die Ausspielung in der Hoffnung, durch Erregung der Spiellust des Publikums Käufer anzulocken. Dies erkennt auch der Vorderrichter an, indem er das Bestreben des Angeklagten mit den Worten charakterisiert: »Ihm war es bei seinen öffentlichen Ausspielungen nur darum zu tun, das Publikum zum Spiel anzureizen, ihm Gelegenheit dazu zu bieten, und sich durch Ausnutzung der Spielneigung des Publikums eine Einnahmequelle zu verschaffen.« Wie sehr die Erregung der Spiellust für den Angeklagten nur das Mittel zum Zweck des Warenabsatzes gewesen ist, erhellt am deutlichsten daraus, daß auf dem neben dem Spiel befindlichen Plan eine Verweisung auf die Gewinne zu lesen war, und daß die Gewinne selbst gleich daneben aufgestellt waren. Der Angeklagte besitzt sogar insoweit, als er die von ihm abgesetzten Waren zum Zweck der Weiterveräußerung in Gestalt der Ausspielung erst anschafft, die Eigenschaft eines Kaufmanns im Sinne des § 1 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 1 HGB.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß durch das Kegelspiel des Angeklagten bis zu einem gewissen Grade auch eine Belustigung des Publikums herbeigeführt worden sein mag. Indessen ist dieser Nebenerfolg doch nicht geeignet, der Gesamtveranstaltung den Charakter einer zu Erwerbszwecken bewirkten Ausspielung von Waren zu nehmen. Als »Lustbarkeit« im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs und der Verkehrsauffassung läßt sich eine Veranstaltung dann nicht auffassen, wenn die Belustigung nicht Selbstzweck ist, sondern höchstens als Mittel zum Zweck des gewinnbringenden Absatzes von Waren in Frage kommt, die der Ver-

anstaltende erst zu diesem Zweck angeschafft hat (Sächs. OVG. Jahrb. Bd. 6 S. 39, Bd. 8 S. 160). Das ist aber hier der Fall.

Mit der Verneinung der Frage, ob die Veranstaltung des Angeklagten als »Lustbarkeit« anzusprechen sei, erledigt sich zugleich der zweite Revisionsangriff, daß der Angeklagte jedenfalls, wenn nicht nach dem Gewerbesteuergesetz, so doch nach §§ 55 Ziff. 4, 148 Ziff. 7 der Gewerbeordnung zu bestrafen gewesen sei, weil er es trotz Darbietung einer »Lustbarkeit« unterlassen habe, einen Wandergewerbeschein zu lösen.

Aus alledem würde aber noch nicht die Straflosigkeit des Angeklagten herzuleiten sein. Denn das Feilbieten von Waren ist zugleich die eine der möglichen Formen, in denen das Gewerbe im Umherziehen sowohl nach dem GewStG. (§ 1 Ziff. 1) als auch nach der GewO. (§ 55 Ziff. 1) betrieben werden kann. Die Straflosigkeit folgt vielmehr daraus, daß der Angeklagte die fraglichen Waren bei Gelegenheit eines »öffentlichen Festes« feilgeboten und hierzu die polizeiliche Genehmigung erlangt hat. Ihm stehen sonach die Befreiungsgründe des § 2 Ziff. 3 des GewStG. und des § 59 Ziff. 4 der GewO. zur Seite. Auch ist zufolge der polizeilichen Erlaubnis eine Bestrafung aus §§ 56 c, 148 Ziff. 7 GewO. oder § 286 StGB. ausgeschlossen. Darüber, welche Polizeibehörde die Genehmigung erteilt hat, enthält das Urteil keine näheren Angaben. Es braucht dies jedoch nicht nachgeprüft zu werden, da sich der Angeklagte selbst, wenn die polizeiliche Genehmigung nicht von der zuständigen Behörde erteilt gewesen wäre, in einem ihm nicht zum Verschulden anzurechnenden tatsächlichen Irrtum befunden haben würde.

Besprechungen.

Von Josef Kohler.

— F. Bleuler, Lehrbuch der Psychiatrie. Verlag von Julius Springer, Berlin. 1915.

Die Darstellung der Psychiatrie ist nicht nur für den Juristen als Kriminalisten, sondern auch für den Juristen als Psychologen im höchsten Grade interessant; ich verweise hier insbesondere auf das Kapitel über die Störung der Persönlichkeit. Nicht nur kommt es vor, daß ein Paranoiker sich für eine andere Person hält, sondern auch eine Abspaltung der Person ist möglich, bald in der Art, daß der Kranke sich nach einem bestimmten Zeitpunkt auf einmal für einen anderen hält und dann wieder in das erste Bewußtsein zurückkehrt, bald auch so, daß eine Person das, was sie tut, als das Tun eines anderen betrachtet; man denke an den bekannten Fall des Paranoikers, der glaubt, daß ihm ein Geist nachts die Flasche austrinkt und in furchtbare Erregung gerät, wenn er morgens die Flasche leer findet, während er sie selbst ausgetrunken hat. Oder der Kranke nimmt zwei Persönlichkeiten an, die momentan miteinander abwechseln. Diese psychischen Zustände erfolgen oft in jähem Wechsel ohne jede Vermittlung; mitunter besteht aber ein Rest von normaler Geistesfähigkeit, so daß der Kranke sich phantastisch eine Verbindung vom einen zum anderen Zustande ausdenkt, z. B. er glaubt, einst Napoleon gewesen und dann ein anderer geworden zu sein, und er weiß irgend etwas mitzuteilen, was diese Umwandlung herbeigeführt habe. Der Persönlichkeitstaumel wird oftmals so stark, daß der Kranke sich selbst nicht mehr im Spiegel wiedererkennt und das Bild einer anderen Person zuschreibt, bis endlich in Momenten völligen Zerfalles der Persönlichkeitsgedanke sich ganz zerfasert und der Kranke das Gefühl für die Kontinuität der Person ganz verliert. Die Persönlichkeitslehre, das Axiom von der Einheit der Person im Wechsel der verschiedenen Eindrücke und von der Widerspiegelung der Person im Selbstbewußtsein, das Phänomen von der Erinnerung der Person an sich selbst und ihre eigene Vergangenheit, alles Erscheinungen, welche bei der Konstruktion des Persönlichkeitsrechtes in Betracht kommen, werden durch diese Gegensätze klar erleuchtet.

Das Werk enthält außerdem eine Reihe von in die Rechtswissenschaft einschlagenden Kapiteln, namentlich über Zurechnungsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Eherecht usw.

7

4

ARCHIV FÜR STRAFRECHT UND STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. v. CALKER, Straßburg i. E., — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Rastatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Ministerialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erster Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräsident am Reichsgericht a. D., — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — ROTERING, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, — SIEBURG, Geh. Justizrat, Oberlandesger.-Rat, Celle, — SPANGENBERG, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat, Berlin, — STUBENRAUCH, Geh. Justizrat, Berlin, — Prof. Dr. VIERHAUS, Oberlandesgerichtspräsident, Breslau, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Rostock, — WIRZ, Erster Staatsanwalt am Oberlandesgericht, Colmar i. E.,

unter ständiger Mitarbeiterschaft von

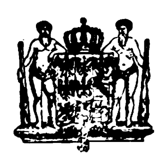
Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Prof. Dr. JAMES GOLDSCHMIDT, Berlin, — Dr. KLEE, Staatsanwaltschaftsrat, Privatdozent, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin,

herausgegeben von

PROF. DR. JOSEF KOHLER,

Geheimer Justizrat, Berlin.

63. Band ♦ 1.—2. Heft.



Berlin 1916.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Manuskriptsendungen und Rezensionsbücher, letztere in doppelter Anzahl, werden an R. v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19, Jerusalemer Straße 56, erbeten. Eine Rücksendung von Rezensionsbüchern findet nicht statt.

Inhalt des ersten und zweiten Heftes.

Abhandlungen.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Sr. Exc. Wirkl. Geh. Rat, Oberreichsanwalt Dr. Zweigert, Leipzig.

B. Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte. Kammergericht.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

Oberlandesgericht Hamburg.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Grisebach, Hamburg.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Dr. Schroeder, Hamburg.

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Sieburg, Celle.

Miszellen.

Besprechungen



auch aus der Deutschen Strafrechtszeitung und aus der Leipziger Zeitschrift entnommen. So steht auch die zehnte Auflage voll auf der Höhe. Sie gewinnt noch besonders dadurch an Wert, daß beide Bände gleichzeitig erschienen sind, ein Umstand, der für die Benutzung durch den Praktiker von großer Bedeutung ist.

Besprechungen der 8. und 9. Auflage.

Wirkl. Geh. Rat Dr. Lucas (Deutsche Juristen-Zeitung):
. . . „Zur Empfehlung der Neubearbeitung noch etwas zu bemerken, erübrigt sich. Es genügt der Hinweis, daß auch sie durch dieselben Vorzüge ausgezeichnet ist, welche das Werk schon längst zu einem unentbehrlichen Hilfsmittel für die Praxis, aber auch zu einer Leistung von wissenschaftlichem Werte gemacht haben.“ . . .

Senatspräsident Dr. Koffka (Das Recht):
. . . „Bei der so allgemeinen Verbreitung und Beliebtheit des Kommentars wäre es vermessen und überflüssig, wollte ich mich über den Inhalt desselben irgendwie kritisch äußern. Das Urteil steht doch überall schon fest. Es kommt mir hier nur darauf an, zu bezeugen, daß die neue Auflage die Bezeichnung einer umgearbeiteten in vollem Maße verdient.“ . . .

Zeitschrift für Polizei- und Verwaltungsbeamte:
„Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch ist seit langen Jahren ein standard work auf dem juristischen Büchermarkt, ein strafrechtliches Auslegungswerk allerersten Ranges, dessen die deutsche Strafrechtspflege nicht entraten kann. Was wir bei der Besprechung der vorigen Auflage zum Lobe des Werkes zu sagen in der Lage waren, gilt auch von der vorliegenden Neubearbeitung. Auch hier fällt die Subtilität auf, mit der nicht nur die neuere Gesetzgebung, sondern auch die Rechtsprechung und Literatur bis in die allerletzte Zeit hinein benutzt und verarbeitet worden ist . . . es wird auch der neuen Auflage an Beifall in der strafrechtlichen und polizeilichen Praxis nicht fehlen; es ist eine Freude, nach einem so sicher beratenden Buche zu arbeiten.“

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung:
. . . „Daß der Olshausensche Kommentar an der Spitze der großen Kommentare zum StGB. steht, bedarf keines weiteren Nachweises mehr. Er wird diesen Rang in der neuen Auflage um so mehr innehalten. Keine Frage bleibt unberührt. Es genügt nicht nur den höchsten Anforderungen, die der Praktiker stellen kann, es wird auch die wissenschaftliche Seite jeder Frage unter Verweisung auf die gesamte einschlägige Literatur behandelt. Die praktische Anordnung des Stoffes ermöglicht trotz des großen Umfanges der Erläuterungen raschen Überblick.“

Professor Dr. Finger (Der Gerichtssaal):
„Der rasche Verbrauch der einzelnen Auflagen ist ein glänzendes Zeugnis für die längst allgemein bekannte Beliebtheit, dessen sich dieses hervorragende Werk erfreut, das im Laufe der Jahre der Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich geworden ist. Olshausens Kommentar zeichnet sich dadurch aus, daß er mit seltener Gewissenhaftigkeit Stellung nimmt zu der Fülle der Fragen, die sich an das Strafgesetz anknüpfen.“ . . .

Deutsche Richterzeitung:
„Mit welch außerordentlichem Eifer unsere Leuchten der Wissenschaft an der Arbeit sind, beweist die Tatsache, daß wenige Wochen nach dem Inkraftreten der jüngsten Novelle zum Strafgesetzbuche vom 19. Juni 1912 der rühmlichst bekannte

Kommentar zum StGB. von Olshausen in neuer, neunter Auflage erschienen ist und die Novelle bereits berücksichtigt hat. . . . Im übrigen über die Vorzüge des Werkes ein Wort zu sagen, wäre wirklich überflüssig. Jeder angehende Jurist und jeder Praktiker kennt und benutzt „den Olshausen" und jeder wird sich freuen, daß dieses unentbehrliche Hilfsmittel, dieser Ratgeber in allen Fragen strafrechtlicher Natur in seiner neuen Auflage sich wieder voll auf der Höhe der Zeit, auf dem neuesten Stande der Wissenschaft und Rechtsprechung befindet."

Juristisches Literaturblatt:
„Zum neunten Male legt der unermüdliche Verfasser der Juristenwelt dieses sein Lebenswerk vor, das durch seine wissenschaftliche Tiefe und die umfassendste Verarbeitung des gesamten vorhandenen Materials schlechtweg zu den bedeutendsten Werken juristischer Kommentierungskunst gehört und als solches schon längst seinen gesicherten Platz behauptet. Zu seiner Empfehlung noch irgend etwas hinzuzufügen, hieße Eulen nach Athen tragen." . . .

Staatsrat Dr. v. Heule (Das Recht):
. . . „Es entspricht daher einem dringenden Bedürfnisse der Strafpraxis, daß der bewährte Kommentar von Olshausen, ihr unentbehrlicher uud getreuer Führer durch die verschlungenen Gänge der Literatur und Rechtsprechung, neu aufgelegt worden ist. Selbstverständlich teilt die neue Auflage die den früheren Auflagen nachgerühmten Vorzüge: übersichtliche Gruppierung und Darstellung des gewaltig gewachsenen Stoffes, verlässige und vollständige Anführung der Ergebnisse der Rechtswissenschaft und Rechtspflege."

Badische Rechtspraxis:
. . . „Wenn es eines Beweises bedürfte, daß dieses Werk „der Kommentar" des Strafgesetzbuches ist, so wäre es der Hinweis auf den erstaunlich schnellen Absatz eines so kostbaren Buches. . . . Die Erläuterung der strafrechtlichen Bestimmungen der Konkursordnung durch Oberreichsanwalt Dr. Zweigert ist die ausführlichste und tiefgehendste, die es gibt." . . .

Hessische Rechtsprechung:
„Es existiert überhaupt keine gleichwertige Kommmentierung des deutschen Strafrechts, die sich an reichem Inhalt der Arbeit Olshausens an die Seite stellen läßt."

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts:
. . . „Beherrscht doch dieser Kommentar die strafgerichtliche Praxis derart, daß niemand, der sich für eine Frage des materiellen Strafrechts interessiert, dieses Buch unaufgeschlagen lassen darf; ja er wird zuerst nach ihm greifen. . . . Ein empfehlenswertes Wort hinzuzufügen, ist bei der allgemein anerkannten Bedeutung des Kommentars völlig überflüssig. . . .

Juristische Monatsschrift für Posen:
„Seitdem ist das berühmte, im größten Maßstab angelegte Werk, das an der Spitze der Strafgesetzkommentare steht, noch erheblich ausgestaltet und bereichert worden. . . . Daß die Ausbeute aus Rechtsprechung und Literatur auf der Höhe der Zeit steht, bedarf kaum der Erwähnung. Der von Zweigert bearbeitete Anhang mit den konkursrechtlichen Strafvorschriften stellt eine dem Ganzen ebenbürtige Leistung dar."

Württ. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung:
. . . „Das Werk, das ebenso auf der Höhe wissenschaftlicher Forschung steht, als es durch ungemein sorgfältige und eindringende Zerlegung des Stoffs und Bearbeitung aller Detailfragen den Bedürfnissen der Praxis Rechnung trägt, ist unstreitig der beste Kommentar des Strafgesetzbuchs und ein unentbehrliches Hilfsmittel für die Praxis."

Archiv für Militärrecht:
„Das berühmte Werk braucht nicht im eigentlichen Sinne besprochen zu werden. In der strafrechtlichen Praxis, auch des Militärrichters, ist es unentbehrlich." . . .

Die Polizei:
„Der Olshausensche Kommentar ist so bekannt, wird so geschätzt, ist so verbreitet, daß es als vollständig überflüssig erscheinen würde, wenn wir an dieser Stelle seine Vorzüge erwähnen wollten. Er ist neu erschienen; das genügt. Es sollte nun jede Polizeiverwaltung sich beeilen, die neue Ausgabe zu bestellen."

Rechtsanwalt Heyn (Kreuz-Zeitung):
„Von diesem ausgezeichneten, auf der Höhe wissenschaftlicher Forschung wie der Praxis stehenden Kommentar ist bereits die achte (jetzt zehnte) Auflage erschienen. Auch sie läßt die Vorzüge des Werkes, sorgfältige Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung und wissenschaftlichen Erscheinungen, eine übersichtliche, klare und prägnante Darstellung, deutlich erkennen. Es dürfte kaum eine wichtige Frage oder schwierigen Fall geben, über die der Praktiker und Forscher sich nicht in dem Werke erschöpfenden Rat und umfassende Belehrung zu holen vermöchte."

Leipziger Zeitung:
„Die Vorzüge des Olshausenschen Kommentars sind zu bekannt, als daß sie noch einer Hervorhebung bedürften. Vermöge der vorbildlichen Art der Behandlung des umfangreichen Stoffes gebührt ihm unbestritten der erste Platz unter den Kommentaren zum Strafgesetzbuch und kann ihn der Kriminalist nicht missen."

Landrichter a. D. Ernst Mumm (Berliner Tageblatt):
„Unter den Kommentaren zum Reichsstrafgesetzbuch nimmt der Olshausensche längst unbestritten die erste Stelle ein, und zwar ist er namentlich durch eine unerreichte wissenschaftliche Tiefe ausgezeichnet."

Das Werk ist durch alle Buchhandlungen zu beziehen. Zu Bestellungen wolle man sich des angefügten Bestellzettels gefälligst bedienen.

Bestellzettel.

D Unterzeichnete bestellt hiermit bei der Buchhandlung von

....

.... | **v. Olshausen,** Kommentar zum Strafgesetzbuch
10. Auflage. Zwei Bände — Geheftet 41 M.
.... | Gebunden 49 M.

Betrag folgt anbei — ist in Rechnung zu stellen — ist nachzunehmen.

Adresse: ....

....

(Es wird höflichst um deutliche Angaben gebeten.)

Pierersche Hofbuchdruckerei Altenburg S.-A.

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. v. CALKER, Straßburg i. E., — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Rastatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Ministerialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erster Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräsident am Reichsgericht a. D., — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — ROTERING, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, — SIEBURG, Geh. Justizrat, Oberlandesger.-Rat, Celle, — SPANGENBERG, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat, Berlin, — STUBENRAUCH, Geh. Justizrat, Berlin, — Prof. Dr. VIERHAUS, Oberlandesgerichtspräsident, Breslau, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Rostock, — WIRZ, Erster Staatsanwalt am Oberlandesgericht, Colmar i. E.,

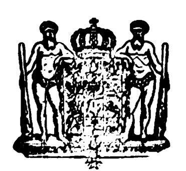
unter ständiger Mitarbeiterschaft von

Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Prof. Dr. JAMES GOLDSCHMIDT, Berlin, — Dr. KLEE, Staatsanwaltschaftsrat, Privatdozent, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin, — Reichsarchivrat Dr. KNAPP, Reichsarchiv München,

herausgegeben von

PROF. DR. JOSEF KOHLER,
Geheimer Justizrat, Berlin.

63. Band ⁘ 3.—4. Heft.



Berlin 1917.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Manuskriptsendungen und Rezensionsbücher, letztere in doppelter Anzahl, werden an R. v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19, Jerusalemer Straße 56, erbeten. Eine Rücksendung von Rezensionsbüchern findet nicht statt.

Inhalt des dritten und vierten Heftes.

Abhandlungen.

Aus der Praxis.

Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte. Kammergericht.

Mitgeteilt von Geh. Justizrat Stubenrauch, Berlin.

Mitgeteilt von Landrichter Schleyer, Magdeburg.

Oberlandesgericht Celle.

Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat, Geh. Justizrat Sieburg, Celle.

Besprechungen


Digitized by Google


PIERERSCHE HOFBUCHDRUCKEREI
ALTENBURG S.-A.

ARCHIV
FÜR
STRAFRECHT
UND
STRAFPROZESS.

BEGRÜNDET DURCH DR. GOLTDAMMER.

Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. BIRKMEYER, München, — Prof. Dr. v. CALKER, Straßburg i. E., — H. DIETZ, Kriegsgerichtsrat, Rastatt, — Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. DORNER, Oberlandesgerichtspräsident a. D., Karlsruhe, — Prof. Dr. FINGER, Halle, — Prof. Dr. GRETENER, Breslau, — Prof. Dr. HEILBORN, Breslau, — Dr. HÜBSCH, Ministerialdirektor, Karlsruhe, — Prof. D. Dr. KAHL, Berlin, — Prof. Dr. OETKER, Würzburg, — OLBRICHT, Erster Staatsanwalt, Görlitz, — Se. Exz. Dr. v. OLSHAUSEN, Wirkl. Geh. Rat, Senatspräsident am Reichsgericht a. D., — Dr. RISSOM, Kriegsgerichtsrat, Flensburg, — ROTERING, Landgerichtsdirektor, Magdeburg, — SIEBURG, Geh. Justizrat, Oberlandesger.-Rat, Celle, — SPANGENBERG, Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat, Berlin, — STUBENRAUCH, Geh. Justizrat, Berlin, — Prof. Dr. VIERHAUS, Oberlandesgerichtspräsident, Breslau, — Se. Exz. Prof. Dr. WACH, Wirkl. Geh. Rat, Leipzig, — Prof. Dr. WACHENFELD, Rostock, — WIRZ, Erster Staatsanwalt am Oberlandesgericht, Colmar i. E.,

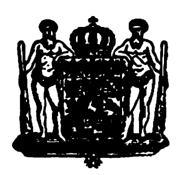
unter ständiger Mitarbeiterschaft von

Se. Exz. Wirkl. Geh. Rat Dr. ZWEIGERT, Oberreichsanwalt, Leipzig, — Prof. Dr. JAMES GOLDSCHMIDT, Berlin, — Dr. KLEE, Staatsanwaltschaftsrat, Privatdozent, Berlin, — Dr. ALSBERG, Rechtsanwalt, Berlin, — Reichsarchivrat Dr. KNAPP, Reichsarchiv München,

herausgegeben von

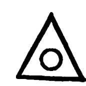
PROF. DR. JOSEF KOHLER,
Geheimer Justizrat, Berlin.

63. Band ❖ 5.—6. Heft.



Berlin 1917.
R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Manuskriptsendungen und Rezensionsbücher, letztere in doppelter Anzahl, werden an R. v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19, Jerusalemer Straße 56, erbeten. Eine Rücksendung von Rezensionsbüchern findet nicht statt.





Inhalt des fünften und sechsten Heftes.

Abhandlungen.

Aus der Praxis.

A. Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Mitgeteilt von Wirkl. Geh. Rat, Oberreichsanwalt Dr. Zweigert.

B. Entscheidungen deutscher Oberlandesgerichte.

Fortsetzung auf Seite 3 dieses Umschlags.

Fortsetzung von Seite 2 dieses Umschlags.

Besprechungen





